HISTOIRE

DE LA

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE

II.

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

DE LA POSSESSION ET DES ACTIONS POSSESSOIRES. Paris, 1871. Durand et Pedone. Gr. in-8°, 488 p. 6 fr.

COUP D'ŒIL BIOGRAPHIQUE SUR QUELQUES JURISCONSULTES FRANÇAIS DU XVI[e] SIÈCLE : DUMOULIN. — SON RÔLE EN SUISSE. — CUJAS. (Extrait de la *Revue des Juristes Bernois*.) Berne (Dalp.) et Paris (Durand et Pedone) ; in-8°, 28 p. 1 fr.

ÉTUDE SUR LES SPONSORES, FIDEPROMISSORES ET FIDEJUSSORES, ÉPISODE DES LUTTES ENTRE LA PLÈBE ET LE PATRICIAT AU VII[e] SIÈCLE DE ROME. (Extrait de la *Revue de législation ancienne et moderne*.) Paris, 1876, Thorin ; in-8°. 41 p. (épuisé.

DE LA CONDITION RÉSOLUTOIRE DANS LES STIPULATIONS ET DE LA STIPULATION PRÉPOSTÈRE. (Extrait de la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*). Paris, 1879, Larose ; in-8°, 29 p. (rare)

RÉSUMÉ DU COURS DE DROIT ROMAIN PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON. Paris, 1883, 1884. Larose et Forcel, gr. in-8°.

T. I, 190 p. 4 fr.

T. II, 262 p. 5 fr.

ESSAI DE RESTITUTION DE L'ÉDIT PUBLICIEN ET DU COMMENTAIRE D'ULPIEN SUR CET ÉDIT. (Extrait de la *Revue générale du droit*). Paris, 1886, Thorin ; gr. in-8°, 31 p. 1 25

DES DROITS DU VENDEUR A LIVRER DANS LA FAILLITE DE L'ACHETEUR. (Extrait des *Annales de droit commercial*). Paris, 1887, A. Rousseau ; gr. in-8°, 47 p. 2 fr.

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE. — M. PEPIN.

HISTOIRE

DE LA

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE

ET DE

L'ACTION PUBLICIENNE

(Caractère *relatif* ou *temporaire* que peut revêtir la propriété prétorienne.
Ses rapports avec l'*usucapion*.
Influence de la *condition résolutoire* sur cette propriété.
Revendication en droit français).

Avec un fac-simile du § 283 des Fragments du Vatican

PAR

C. APPLETON

ANCIEN PROFESSEUR DE DROIT FRANÇAIS A L'UNIVERSITÉ DE BERNE, PROFESSEUR
DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE LYON.

TOME SECOND



PARIS
ERNEST THORIN
LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE,
DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME.
7, RUE DE MÉDICIS, 7

1889


LIBRARY
AUG 1 1 1969
UNIVERSITY OF TORONTO

CHAPITRE XVI

De l'exception justi dominii.

211. — Diverses formules de cette exception. Le propriétaire quiritaire doit nécessairement l'opposer sous peine de succomber. — 212. Cette exception figurait-elle dans l'édit? — 213. Elle était donnée *cognita causa*, L. 57, D. *Mandati*, 17, 1; parfois le préteur refusait de l'insérer, et alors le juge n'en pouvait tenir aucun compte. Ce résultat persista, même après qu'on eut admis que les exceptions péremptoires pouvaient être invoquées en tout état de cause. — 214. Ce refus de l'exception *justi dominii* a peut-être autrefois servi à faire triompher le propriétaire bonitaire contre l'aliénateur resté *dominus ex j. q.* Plus tard le même résultat fut obtenu par des répliques, et le refus de l'exception se restreignit au cas où aucune réplique usitée n'aurait pu servir au demandeur, comme dans le cas où le défendeur avait usucapé, et où pourtant l'équité militait en faveur du demandeur. — 215. Dans ce cas le refus de l'exception fait produire à la Publicienne ordinaire un effet rescisoire de l'usucapion. — Mais le préteur ne la donne dans ces conditions que pendant une année utile: passé ce délai il insérera toujours notre exception, ou tout au moins l'*annalis exceptio*. — 216. La Publicienne avec refus de l'exception *justi dominii* est bien plus avantageuse que la revendication fictice rescisoire, que le préteur aurait pu donner aussi à celui dont le bien a été usucapé. Diverses observations. Dans quels cas la propriété prétorienne constitue-t-elle un droit absolu ou relatif?

211. — Nous allons voir ici en lutte la propriété prétorienne et celle du droit civil.

La Publicienne, au fond, c'est la revendication avec une fiction en plus. Donc, toutes les exceptions qu'on pourrait opposer à la revendication trouveront, le cas échéant, leur place dans la formule de la Publicienne.

Ici s'applique le principe posé par Ulpien, L. 7, § 8, *h. t.* :

In publiciana omnia eadem erunt quæ et in rei vindicatione diximus.

Ainsi l'exception de dol, l'exception *rei venditæ et traditæ*, l'exception *legis Ciciæ*, etc., pourront être opposées à la Publicienne, dans les mêmes cas et avec les mêmes effets qu'en matière de revendication.

Laissant de côté toutes ces exceptions communes aux deux actions, nous nous occuperons seulement de celles qui sont spéciales à la Publicienne.

La première est habituellement désignée par les modernes par les mots : *exceptio justi dominii*[1].

Par la Publicienne le préteur entend protéger, ainsi que nous l'avons vu au Chapitre III, le propriétaire virtuel. A plus forte raison entend-il protéger le propriétaire réel, et c'est ce qu'il fait lorsqu'il lui accorde l'exception *justi dominii*.

L. 16, D. *h. t.* : Neratius libro III Membranarum :

Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferatur, ejusque rei argumentum est primo æquitas, deinde exceptio «SI EA RES POSSESSORIS NON SIT», *sed ut is qui bona fide emit, possessionemque ex ea causa nanctus est, potius rem habeat*, (sous-entendu : *quam quilibet alius præter dominum*, Bas. 15, 2, 17, Scholie.)

Cette exception était indispensable au propriétaire ; sous peine de succomber il fallait nécessairement qu'il obtînt du préteur son insertion dans la formule.

Il en est autrement dans l'action en revendication. Si le défendeur, pour repousser l'action, allègue qu'il

1. Cette expression se rencontre dans la loi 57, D., *Mandati*, 17, 1, et dans la L. 16, D., *h.t.* — La L. 72, D., *De reiv.*, 6, 1, dit : *exceptionem dominii*. D'autres textes l'appellent : *exceptio «si ea res possessoris non sit»* L. 17, D., *h. t.* ; « *si* (ou plutôt *nisi*) *dominus ejus sit* » L. 28, D., *De nox. act.*, 9, 4 ; « *si non ejus sit res*, » L. 24, D., *De except. rei judicatæ*, 44, 2 ; « *si non suus esset* » L. 4, § 32, D., *De doli mali except.*, 44, 4.

est propriétaire, il peut faire valoir cette défense devant le juge sans avoir fait insérer d'exception. En effet, c'est là un moyen de défense direct : de ce que le défendeur est propriétaire, il suit nécessairement que le demandeur ne l'est point, la défense contredit donc directement la demande.

Dans la Publicienne, au contraire, de ce que je suis propriétaire il ne résulte pas que le demandeur ne le fût pas devenu s'il avait possédé plus longtemps qu'il ne l'a fait en réalité, et c'est précisément ce que la fiction contenue dans la formule commande au juge de supposer. Si le demandeur avait possédé plus longtemps, il serait devenu propriétaire par usucapion au lieu et place du défendeur ; par conséquent, si l'exception n'était pas insérée, le simple possesseur de bonne foi triompherait du *verus dominus*, ce qui serait contraire à l'équité.

Aussi Paul, dans une note sur Papinien, insiste-t-il sur la nécessité d'opposer cette exception :

L. 17, D. *h. t.* : Papinianus lib. 10 Quæstionum : *Paulus notat : Exceptio justi dominii Publicianæ objicienda est.*

C'est-à-dire *il faut* (et non pas : on peut) opposer cette exception à la Publicienne. Il le faut, sans cela le propriétaire serait vaincu par l'effet de la fiction. L'exception insérée et justifiée fait tomber la fiction. Le préteur en effet ordonne au juge de supposer que le demandeur a possédé un an ou deux ans, *excepté dans le cas où le défendeur prouverait qu'il est le* DOMINUS. Comme la plupart des exceptions, celle-ci porte donc sur l'*intentio* de la formule.

212. — L'exception *justi dominii* figurait-elle dans l'Edit ?

D'abord il paraît certain qu'en tous cas elle n'y figurait point sous une formule précise ; peut-être le

préteur disait-il qu'il accorderait, s'il y avait lieu, une exception au propriétaire :

Domino, si qua mihi justa causa videbitur, exceptionem dabo. (?)

Mais les diverses rédactions que nous trouvons dans les textes (voy. *supra* note 1) prouvent que sa teneur n'était pas rigoureusement fixée.

On peut aller plus loin et soutenir que l'édit ne contenait même pas la promesse de donner une exception au propriétaire.

Nous allons voir en effet dans un instant que le préteur accordait cette exception après examen des faits ; *cognita causa*. Or, Gaius nous apprend que parmi les exceptions, les unes sont indiquées par l'Edit, les autres accordées *cognita causa* ; donc ces dernières, dont l'exception *justi domini* fait partie, ne figuraient probablement pas dans l'Edit [2].

213. — Nous venons de dire que le préteur accordait cette exception *cognita causa*. Cela résulte d'un texte d'autant plus remarquable qu'il est unique, ce qui n'enlève d'ailleurs rien à sa force probante. Nous voulons parler de la L. 57, D. *Mandati*, 17, 1 :

Papinianus libro decimo Responsorum: *Mandatum distrahendorum servorum, defuncto qui mandatum suscepit, intercedisse constitit. Quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi quod defunctus suæ curæ fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. Sed venaliciarium ex provincia reversum, Publiciana actione non inutiliter* [3] *acturum, cum exceptio justi dominii causa cognita*

2. G., IV, § 118. *Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat...* — Nous avons déjà montré, *supra* Chapitre IV, que les mots *non a domino* de la L. *1*, D., *h. t.*, ne peuvent se rapporter à *petet*, et que le préteur, par suite, n'avait pas, par son édit même, refusé la Publicienne contre le *dominus*.

3. Les Florentines portent *utiliter*. Mais cette leçon, contraire au sens évident du texte, est corrigée non seulement dans le manuscrit de Paris n° 4450,

detur, nec oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit ob errorem aut imperitiam heredum affici damno[4].

Donc, lorsque l'exception *justi dominii* était invoqué, le préteur examinait l'affaire et n'insérait pas toujours l'exception.

De là résulte, qu'en cas de non insertion, le défendeur n'était pas recevable à faire valoir devant le juge le moyen tiré de son droit de propriété quiritaire, *car ce défaut d'insertion peut provenir d'un refus du préteur.*

Il n'en était pas de même des autres exceptions péremptoires. Gaius, IV, § 125, nous apprend que le préteur restituait en entier contre l'omission d'une exception péremptoire, et, comme cette restitution était expressément promise par l'édit, on finit par la considérer comme opérée, pourvu que le défendeur fît valoir ce moyen de défense avant la sentence du juge.

L'on arriva ainsi à la règle que les exceptions péremptoires pouvaient être invoquées en tout état de cause [5]. Cette règle ne s'applique pas à l'exception

mais encore par les Basiliques, et cela trois fois : 1° Dans le texte (14, 1, 57) καλῶς κινεῖ τὴν Πουβλικιανήν ; 2° Dans la scholie 1 : ἔστιν δὲ αὐτῷ οὐκ ἄχρηστος ἡ Πουβλικιανή ; 3° Dans la scholie 5, où Dorothée cite même le texte latin du Digeste : τοῦτο δὲ τὸ ῥητὸν *non inutiliter* θέλει., c. à. d. : ces mots *non inutiliter* veulent dire... Il est donc superflu de discuter ici deux interprétations, d'ailleurs inadmissibles et abandonnées, qui prétendaient expliquer le texte en lisant *non utiliter*. Voy. Pellat, p. 587-590.

4. Nous traduisons ce texte important : « Le mandat de vendre des esclaves s'est éteint, cela est constant, par la mort du mandataire. Cependant les héritiers de ce mandataire ayant vendu ces esclaves, non pas avec l'intention de commettre un vol, mais par erreur, pour exécuter le mandat donné au défunt, les esclaves ont été évidemment usucapés par les acheteurs, (ce qui n'aurait pu arriver si les héritiers avaient vendu avec l'*animus furandi*; les esclaves devenus *res furtivæ* n'auraient pu être usucapés). Mais le marchand d'esclaves (le mandant) de retour de province (où il était allé sans doute pour ses affaires après avoir donné mandat de vendre les esclaves qu'il laissait à Rome) pourra utilement agir (contre les acheteurs) par l'action publicienne. Car l'exception *justi dominii* se donne *cognita causa*, et il ne faut pas que le marchand qui a donné son mandat à une personne déterminée (et non à d'autres) subisse un préjudice par suite de l'impéritie ou de l'erreur des héritiers de son mandataire. (Par conséquent le préteur, qui ne donne l'exception qu'après examen, la refusera ici par un motif d'équité.)

5. On peut interpréter en ce sens les lois 23, § 3, D., *De cond. indeb.*, 12, 6. — L. 11, pr., D., *De doli mali except.*. 44, 4, où il s'agit, semble-t-il, d'ex-

justi dominii; si l'on avait omis de la faire insérer, on ne pourrait l'invoquer de *plano* devant le juge, car le juge s'exposerait à aller à l'encontre des intentions du préteur qui n'aurait peut-être pas voulu insérer l'exception; il faudrait s'adresser au magistrat.

214. — Reste à savoir dans quels cas le préteur refusait l'exception *justi dominii?*

A l'époque classique il n'était pas indispensable d'employer ce procédé pour assurer la victoire au demandeur dans tous les cas où l'équité l'exigeait. Le préteur avait à sa disposition un autre moyen: insérer une réplique au profit du demandeur, ce qui avait l'avantage d'épargner au magistrat une *cognitio*, et d'économiser ainsi son temps.

Mais à l'origine de la Publicienne, alors que le jeu des exceptions et des répliques n'était pas aussi perfectionné qu'il le fut dans la suite, le refus de l'exception *justi dominii* constitua, croyons-nous, le moyen par lequel le préteur assura au propriétaire bonitaire l'avantage sur le *dominus ex jure quiritium*. Par exemple, si le demandeur a acquis par la tradition une *res mancipi a vero domino;* si, plus tard, l'acquéreur réclame par la Publicienne cette chose qu'il trouve aux

ceptions invoquées pour la première fois *in judicio*. Huschke, note 176, conclut aussi d'un passage de Cicéron (*De inventione*, II, 19, 58) que de son temps déjà les exceptions pouvaient, dans des cas d'ailleurs très rares, se présenter seulement *in judicio*, mais alors sans être assurées d'être prises en considération. Toutefois ce passage me paraît se rapporter, non pas à la procédure *in judicio* d'une action civile, mais plutôt à une action criminelle, *judicium publicum*. La règle que les exceptions péremptoires peuvent être opposées en tout état de cause résulte d'ailleurs de deux rescrits de Dioclétien qui invoquent à l'appui les dispositions de l'édit lui-même: L. 8, C. *De except*. 8, 36: *Præscriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur objicere quandoque licet.* — L. 2. C., *Sententiam rescindi non posse*, 7, 50: *Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur opponi posse, perpetuum edictum manifestissime declarat. Quod si aliter factum fuerit* (c. à. d. si l'on ne les a pas fait valoir avant la sentence), *in integrum restitutio permittitur* (sous-entendu: s'il y a des causes de restitution; exemple : la minorité). *Nam judicatum contra majores annis vigint quinque, non oppositæ præscriptionis velamento, citra remedium appellationis rescindi non potest.* — Ainsi l'appel est la seule ressource des majeurs qui ont négligé d'invoquer une exception péremptoire, au moins avant la sentence.

mains de son aliénateur ou d'un tiers, auquel l'aliénateur aurait transféré sa propriété quiritaire après la tradition faite au premier acquéreur, le préteur refusait l'exception au défendeur.

Plus tard le même résultat fut obtenu, sans que le préteur eût à se donner la peine d'examiner les faits et de refuser l'exception, en insérant dans la formule une réplique, par exemple, *rei venditæ et traditæ*, qui brisait l'effet de l'exception [6]. Ce procédé, plus commode pour le préteur, devait être employé dans presque tous les cas, et le refus de l'exception, après une *causæ cognitio*, ne se présenta plus que dans les hypothèses fort rares où aucune réplique *usitée* ne pouvait être invoquée par le demandeur.

C'est précisément un cas de ce genre que prévoit la L. 57. D. *Mandati*, 17, 2, précitée. Contre l'exception *justi dominii* le marchand d'esclaves n'avait aucune réplique usitée à faire valoir.

215. — C'est le seul cas, mentionné par les textes, où l'exception est refusée : c'est peut-être le seul en effet où le procédé d'une réplique se trouverait impraticable.

6. L. 4, § 32, D., *De doli mali except.*, 44, 4, *verbis* : *Adversus excipientem* : « *si non suus esset* » *replicatione utereris*. Voyez aussi L. 72, D., *De reiv.*, 6, 1 ;—L. 2, D., *De except. rei vend.*, 21, 3 ;— L. 18, § 15, D. *De damno infecto*, 39, 2 ;— L. 28, D., *De noxal. act.*, 9,4 ;— L. 24, D., *De except. rei judic.*, 44, 2. — Remarquons d'ailleurs que l'exception ou la réplique *rei venditæ et traditæ* est réelle ; dès qu'elle aurait pu être opposée à quelqu'un, elle peut l'être à tous ses successeurs, même à titre particulier, L. 3, pr. D., *De except. rei vend.*, 21, 3. Donc celui qui peut l'invoquer a une véritable propriété prétorienne, existant à l'encontre de tous et ne présentant point le caractère purement relatif que revêt souvent le droit garanti par la Publicienne. On sait que nous l'appelons alors : *propriétaire bonitaire*. — L'exception de dol au contraire est personnelle, elle ne peut être opposée aux successeurs à titre particulier de l'auteur du dol, L. 4, § 27, D., *De doli mali except.*, 44, 4. Ce principe reçoit exception dans quatre cas ; on peut opposer le dol de son auteur : 1° A l'acquéreur à titre gratuit, L. 4, § 31, D., *eod.*, L. 6, D. *De except.*, 44, 1 ; 2° A celui qui a reçu un abandon noxal ; 3° Au créancier hypothécaire, L. 4 précitée, §§ 30, 31 ; 4° Même à l'acquéreur à titre onéreux lorsqu'il invoque l'accession de possession du chef de son auteur, L. 4 précitée, § 27, ce qui veut dire sans doute que cette accession ne peut être invoquée par lui.

Le refus de l'exception *justi dominii* aboutit ici à la rescision de l'usucapion accomplie par les défendeurs [7].

A notre gré, c'est à ce cas que fait allusion Paul lorsqu'il nous dit, L. 35 D. *De Obl. et Act.*, 44, 7, que la Publicienne, action ordinairement perpétuelle, devient annale lorsqu'elle rescinde l'usucapion :

« *Sed quum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra jus civile datur* [8].

La Publicienne est évidemment donnée *rescissa usucapione* lorsque le préteur refuse d'insérer l'exception *justi dominii* que le défendeur invoque en se basant

7. Bas. XIV, 1, 57, Scholie 5 (Stéphane) : « En effet la Publicienne n'appartient pas seulement à celui qui a perdu la possession avant d'avoir usucapé, mais encore à celui qui fut propriétaire de la chose, lorsqu'elle est usucapée par un tiers, et pour faire rescinder cette usucapion. »

Cela s'applique parfaitement à la Publicienne ordinaire, car le propriétaire peut user de la Publicienne, voyez plus bas, Chapitre XVIII. Or, si le préteur refuse l'exception *justi dominii* au défendeur, l'usucapion se trouvera rescindée.

8. L'action redeviendrait perpétuelle si le demandeur avait repris possession de sa chose usucapée par un tiers, et venait à en être de nouveau dépossédé. Paul, L. 31, D., *Ex quib. causis majores*, 4, 6 : *Si is cujus rem usucepit reipublicæ causa absens, possessionem suæ rei ab illo usucaptæ nanctus sit, et si postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.*

Toutes ces questions peuvent être élucidées dans la *causæ cognitio*. L'année utile, que le demandeur a pour obtenir cette restitution (s'opérant par le refus de l'exception *justi dominii* part du jour où le demandeur a pu agir, ici du jour du retour du marchand ; si la fixation de ce point de départ exigeait de trop longs débats, le préteur, tout en refusant au défendeur l'exception *justi dominii*, insérerait à son profit l'*annalis exceptio : « si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit »* (voy. Lenel, *Das Edictum* p. 403 et 98). Si le magistrat constate que le demandeur a repris possession depuis l'usucapion, il refusera au défendeur, non seulement l'exception *justi dominii*, mais encore l'*annalis exceptio*. Le préteur disait sans doute : si celui dont la chose a été usucapée n'avait pas eu la facilité de reprendre cette chose, il m'aurait demandé la Publicienne que je lui aurais donnée en refusant l'exception *justi dominii* à son adversaire. Par cette action, il se serait fait remettre en possession et aurait eu dès lors une action perpétuelle s'il avait de nouveau perdu la possession. Or, la reprise de possession doit avoir les mêmes résultats que l'action intentée avec succès. — D'ailleurs ce texte peut aussi se rapporter à la revendication rescisoire donnée par suite d'une restitution en entier. On n'a qu'une année pour demander la restitution de cette action. Mais, si on a repris possession, on a dès lors une action perpétuelle. Le demandeur, au moment où il a repris possession, avait le droit de faire briser l'usucapion, soit par une action rescisoire précédée d'une restitution en entier, soit par la Publicienne avec refus de l'exception *justi dominii*. Donc, à son égard, l'usucapion était censée non encore accomplie. Eh bien, sa prise de possession interrompt, et par conséquent annihile, cette usucapion que le préteur considère comme non encore terminée.

sur l'usucapion [9]. Le préteur accordera donc la Publicienne sans y ajouter l'exception dont il s'agit, s'il lui paraît équitable de rescinder l'usucapion, et à la condition que le demandeur ait réclamé dans l'année utile à partir du jour où il a pu agir; car donner la Publicienne sans joindre l'exception, c'est agir contre le droit civil, c'est donner pour but à l'action d'enlever la chose à son propriétaire [10]. Or, Paul pose en principe que les actions prétoriennes données *impugnandi juris civilis gratia* sont annales.

216. — Le marchand d'esclaves aurait eu une autre ressource à son service. Il aurait pu demander au préteur la revendication rescisoire de l'usucapion; le magistrat, après examen des faits, aurait pu lui donner cette action fictice en le restituant ainsi en entier [10 bis].

Mais il lui aurait fallu prouver devant le juge qu'il était propriétaire quiritaire.

Il est beaucoup plus commode pour lui de demander la formule de la Publicienne; il suffit alors au préteur, pour le restituer contre l'usucapion accomplie pendant son absence, de refuser au défendeur l'exception *justi dominii*.

Ici le préteur restitue, non pas en rendant au demandeur une action qu'il a perdue, mais en débarrassant une action *qu'il a conservée*, de l'exception qui lui ferait obstacle [11].

Notons donc avec soin que si un propriétaire qui pou-

9. C'est pour ce motif que Dorothée. Bas. XIV, 1, 57, appelle ici l'action Πουβλικιανὴν ῥεσκισσορίαν. C'est bien de la Publicienne ordinaire qu'il entend parler, puisque, dans le même passage, il suppose que le marchand d'esclaves a acheté *a non domino*.

10. *Ut res domino auferatur*, voy. L. 1 D., *h. t.*

10 *bis*. Sans doute il ne se trouve pas dans un des cas d'absence forcée que l'édit prévoit. Mais le préteur s'est réservé, par la *clausula generalis*, de restituer dans d'autres cas, L. 26, § 9, D., *Ex quib. causis majores*, 4, 6 : *Item si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam*. Voy. aussi L. 28. § 1 *eod.*

11. *Sic* Pellat, p. 587.

vait intenter soit la revendication soit la Publicienne, perd la propriété et par conséquent la revendication, il peut cependant conserver la Publicienne.

Cette remarque entraîne les conséquences les plus graves, notamment au point de vue de l'effet de la condition résolutoire en matière de propriété, ainsi que nous le verrons aux Chapitres XXIII et suivants.

En résumé nous voyons que le propriétaire prétorien protégé par la Publicienne a un droit absolu ou relatif, selon qu'il peut ou non briser par une réplique l'exception *justi dominii* du propriétaire quiritaire.

Notons aussi, car nous aurons à revenir sur ce point (Chapitre XIX), que la Publicienne dont il est question dans les textes ci-dessus mentionnés [12] n'est pas une action spéciale rescisoire de l'usucapion, mais la Publicienne ordinaire qui, par le refus de l'exception *justi dominii*, devient, dans le cas prévu, rescisoire de l'usucapion.

12. L. 57, D., *Mandati*, 17, 1. — L. 35, D., *De Obl. et Act.*, 44, 7.

CHAPITRE XVII.

De l'exception d'une Publicienne égale.

217. — Première question : Si le défendeur, acquéreur de bonne foi, a aussi droit à la Publicienne, le préteur le protègera en lui donnant une exception qui n'est autre que l'exception *justi dominii* à laquelle on ajoutera ici la fiction d'usucapion renfermée dans la Publicienne. — 218. Même solution pour le propriétaire bonitaire. — 219. Deuxième question : A qui le préteur donnera-t-il gain de cause? 1° Si l'une des parties a acquis *a domino* : défenderesse, elle triomphera par l'exception d'une Publicienne égale ; demanderesse elle aura une réplique contre cette même exception. — 220. 2° Si les deux, parties ont acquis *a non domino*, suivant Ulpien et Julien le défendeur l'emporterait si les deux parties ont acquis d'aliénateurs différents, autrement l'avantage est à celui qui a reçu le premier tradition (L. 9, § 4, D., *h. t.*). Neratius donnait dans tous les cas la victoire à l'acquéreur premier en date (L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1). — 221. Justification de la première opinion. Lorsque les deux parties tiennent la chose du même vendeur, le premier en date a contre le second l'exception (ou la réplique) *rei venditæ et traditæ*, qui se donne contre les ayants-cause du vendeur. Autres motifs. — 222. Explication de l'opinion de Nératius; elle a sa source dans les règles des anciennes *vindiciæ* dont la Publicienne découle. Développement. — 223. Examen et réfutation des conciliations proposées entre ces deux textes : Système de Savigny. — 224. Système de von Vangerow. — 225. Système de Huschke. Systèmes de Gimmerthal et de Nissen.

217. — Si le défendeur n'est point propriétaire quiritaire, mais seulement acquéreur de bonne foi ou propriétaire bonitaire, alors la lutte s'engage entre deux personnes que le préteur entend protéger par la Publicienne, en un mot entre deux propriétaires prétoriens. Deux questions s'élèvent dans ce cas :

1° Comment le préteur s'y prendra-t-il pour accorder à la partie défenderesse une protection analogue à celle qu'il lui assurerait si elle était demanderesse, cas dans lequel il lui donnerait la Publicienne?

2° Auquel de deux plaideurs ayant droit à notre action, le préteur accordera-t-il la préférence?

1re *question.* Le préteur pourrait sans doute, pour donner l'avantage au défendeur, refuser au demandeur l'action Publicienne.

Mais il est certain qu'il n'employait point ce procédé.

En effet il donne la Publicienne contre le *verus dominus* en réservant seulement à ce dernier l'exception *justi dominii*; à plus forte raison accordera-t-il la Publicienne contre un propriétaire bonitaire ou un simple acquéreur de bonne foi.

En second lieu, pour refuser l'action, il faudrait être sûr que c'est au défendeur qu'il est juste d'attribuer l'avantage. Or, il faudrait pour cela être certain que ce défendeur remplit les conditions de la Publicienne; ce n'est pas tout, meme en supposant cela, il faudrait encore, du moins si les deux parties ont le même auteur, que la tradition reçue par le défendeur fût antérieure en date à celle qu'invoque le demandeur.

Le préteur ne peut manifestement entrer dans l'examen minutieux des faits qui serait nécessaire pour trancher ces questions. Il est donc certain qu'il se bornait à insérer dans la formule une exception dont le bien fondé était apprécié par le juge.

Reste à savoir quelle était la forme habituelle de cette exception. Nous disons la forme habituelle. En effet si, ainsi que nous le croyons [1], l'exception *justi dominii* elle-même ne figurait pas dans l'Edit avec une rédaction précise, il en était *a fortiori* de même pour l'exception tirée du droit du défendeur à la Publicienne.

1. *Supra*, Chapitre XVI, texte et note 2.

Si le défendeur est un simple possesseur de bonne foi, acquéreur *a non domino*, le raisonnement nous permet de reconstruire, avec un degré de probabilité qui approche de la certitude, la forme habituelle de l'exception. L'action crée au profit du demandeur une fiction par laquelle on suppose qu'il a possédé pendant le temps requis pour l'usucapion ; or, puisque le défendeur se trouve, par hypothèse, dans une situation identique, on doit lui donner une exception renfermant exactement la même fiction !

L'exception devait donc être ainsi conçue :

Nisi si eumdem hominem N^us N^us anno possedisset, tum si eum hominem ejus ex jure quiritium esse oporteret, et rel. [2].

Cette exception vérifiée, le défendeur sera absous : *In pari causa possessor potior haberi debet*, nous dit Paul dans la L. 128, pr. D., *De reg. jur.*, 50, 17, très probablement en parlant de la Publicienne, car ce texte est extrait de son livre 19 sur l'Edit, livre dans lequel il s'occupait de notre action, voyez L. L. 2, 4, 6, 10, 12, D., *h. t.*

L'exception d'une Publicienne égale, n'étant autre chose que l'exception *justi dominii* fictice, se donnera comme elle *cognita causa* (*supra* nº 213).

218. — *Quid* du propriétaire bonitaire défendeur ?

En ce qui concerne le propriétaire bonitaire, c'est-à-dire par exemple celui à qui une *res mancipi* a été vendue et livrée, mais non mancipée, par le propriétaire, Huschke pense (p. 90, note 177) que l'expression *justus dominus*, *justum dominium* ne comprenait pas seulement le propriétaire quiritaire, mais encore le propriétaire bonitaire. Il accorde donc à ce dernier l'exception *justi dominii* elle-même.

Celà ne me paraît pas exact. A coup sûr le proprié-

2. Voyez *supra*, Chapitre IV, note 15.

taire bonitaire doit avoir une exception : *Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit*, L. 156, § 1. D., *De reg. jur.* 50, 17. — Mais sera-ce l'exception *justi dominii*?

Cette expression (*justi dominii*) se trouve dans Gaius, IV, § 16 : « *Festuca autem utebantur, quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii.* » Il s'agit de la revendication sous le régime des actions de la loi, et par conséquent de la propriété quiritaire.

Donc ce n'est pas l'exception *justi dominii* qui compétait au propriétaire bonitaire, c'était absolument la même exception que pour l'acquéreur de bonne foi. Nous avons vu au Chapitre III que ces deux personnages ont identiquement la même action, que la formule est la même (Chapitre IV); on ne peut donc s'étonner qu'ils soient traités comme défendeurs identiquement de la même façon.

D'ailleurs cette exception assure gain de cause au propriétaire bonitaire défendeur, tout aussi bien que le pourrait faire l'exception *justi dominii*.

219. — 2[e] *question*. Auquel de deux plaideurs ayant droit à notre action, le préteur donnera-t-il la préférence ?

Remarquons tout d'abord que si le préteur veut assurer la victoire au défendeur il n'a qu'à lui accorder l'exception d'une Publicienne égale.

Mais si au contraire la situation du demandeur est plus digne d'intérêt (c'est par exemple un propriétaire bonitaire, acquéreur *a domino*), il faut de toute nécessité, pour lui procurer la victoire, lui accorder une réplique par laquelle il brisera l'exception d'une Publicienne égale.

Cela posé, il y a deux hypothèses possibles :

1° Si l'une des deux parties a acquis *a domino*, l'autre *a non domino*, la première, qui est un propriétaire

bonitaire, doit évidemment être préférée. C'est aussi la solution que nous donne Neratius dans la L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1 :

« *Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.* »

Si le propriétaire bonitaire est défendeur, il lui suffira de l'exception dont nous venons de parler.

Mais s'il est demandeur il lui faudra une réplique. Ce ne sera pas la réplique *justi dominii*, comme le pense à tort Huschke (*loc. cit.*). D'un autre côté le préteur ne refusera pas ici au défendeur l'exception fictice de l'usucapion, car il n'a pas le temps d'examiner si le demandeur a, comme il le prétend, acquis *a vero domino* ; d'ailleurs, si cela était constant, il n'y aurait plus de procès.

Le propriétaire bonitaire aura donc une réplique tirée de ce qu'il a, lui, acquis *a vero domino*, et probablement ainsi conçue :

« *Aut si* A^{us} A^{us} *a domino emerit*[3]. »

Cette réplique, comme l'exception tirée du droit à la Publicienne, devait comme elle ne se donner que *cognita causa*.

A propos de cette réplique, il convient de revenir sur un texte déjà commenté, la L. 57, D. *Mandati*, 17, 1, *supra*, numéros 213 et s.

Dans l'espèce prévue par ce fragment, un marchand de retour réclame par la Publicienne ses esclaves vendus sans droit par les héritiers de son mandataire décédé et usucapés par les acheteurs pendant l'absence du marchand. Nous avons vu le préteur assurer le succès de cette action en refusant aux acheteurs l'exception *justi dominii*.

Mais *quid* si les acheteurs s'étaient contentés de de-

3. Comp. *supra*, Chapitre IV, note 16.

mander au préteur l'exception d'une Publicienne égale? Se seraient-ils vu refuser cette exception, comme la précédente?

Il eût été, ce semble, équitable de la leur accorder; ils auraient pu dire en effet :

« Nous voulons bien ne pas invoquer l'usucapion accomplie pendant l'absence du marchand, puisque l'équité ne veut pas qu'il subisse un dommage par la faute des héritiers de son mandataire, héritiers qu'il n'avait chargés d'aucune mission.

» Admettons donc qu'il soit revenu et qu'il ait intenté son action avant que nous ayons achevé d'usucaper les esclaves.

» L'équité, à coup sûr, n'exige rien de plus!

» Eh bien alors, s'il avait intenté la Publicienne contre nous avant l'usucapion accomplie, nous aurions pu lui répondre par l'exception d'une Publicienne égale.

» A plus forte raison avons-nous droit à cette exception après avoir réellement usucapé.

» Dès lors nous devons avoir gain de cause !

» Pourquoi en effet, nous serait-il préféré ? Ne sommes-nous pas comme lui des acheteurs de bonne foi? A droit égal nous l'emportons : *In pari causa melior est causa possidentis!* »

Evidemment ce langage est celui de l'équitéet le préteur ne saurait refuser à nos acheteurs, après l'accomplissement de l'usucapion, l'exception d'une Publicienne égale, qu'il ne leur aurait pas déniée même si le marchand était revenu avant l'expiration du délai.

Mais alors le marchand succomberait? A quoi lui aura donc servi d'avoir fait refuser l'exception *justi dominii* à ses adversaires, s'ils obtiennent l'insertion de l'exception d'une Publicienne égale, et s'il est débouté par l'effet de cette exception ?

Il faut répondre qu'il succombera sans doute, s'il

n'est lui-même qu'un acquéreur *a non domino*. Dans ces conditions, en effet, pourquoi serait-il préféré aux acheteurs? Il ne saurait avoir plus de droits qu'eux! Nous sommes en présence de deux *non domini* différents, et en pareil cas, d'après l'opinion qui a prévalu en droit romain, le possesseur actuel doit l'emporter.

Mais si le marchand peut prouver qu'il a acquis *a domino*, en d'autres termes qu'il n'est pas seulement un acquéreur de bonne foi, mais un véritable propriétaire bonitaire, il fera insérer dans la formule une réplique tirée de ce qu'il a, lui, acquis *a domino*.

Dans cette hypothèse la formule aurait été ainsi conçue :

« *Si quem hominem* A^{us} A^{us} (le marchand) *emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum... etc.*

« *Nisi si quem hominem*, A^{us} A^{us} (l'acheteur qui a traité avec les héritiers du mandataire) *emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum... etc.*

« *Aut si* A^{us} A^{us} (le marchand) *a domino emerit... etc.* »

Dans l'espèce prévue par la L. 57 citée, comme il n'était pas douteux que le marchand fût propriétaire bonitaire, c. à. d. acquéreur *a domino*, il eût avec succès invoqué cette réplique, s'il s'était vu opposer l'exception d'une Publicienne égale. Par conséquent le seul espoir des acheteurs résidait dans l'exception *justi dominii*, et le refus de cette exception rendait leur défaite certaine.

220. — 2° Supposons maintenant que les deux plaideurs aient acquis *a non domino*.

Ici nous rencontrons deux textes que l'on a vainement essayé de concilier.

Ulpien et Julien font une distinction : Si les deux plaideurs tiennent la chose du même *non dominus*, celui qui a reçu tradition le premier l'emporte ; si au

contraire la tradition leur a été faite par deux vendeurs différents, la tradition première en date doit triompher :

L. 9, § 4, D., *h. t.* : *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis Publiciana* [4] *uti possit : utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit* [5] ? *Et Julianus, libro septimo Digestorum scripsit : ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est ; quod si a diversis dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quæ sententia vera est.*

Paul présente exactement la même distinction à propos de l'hypothèque :

L. 14, D., *Qui potiores in pignore*, 20, 4 : *Si non dominus duobus eamdem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.*

Si le même non-propriétaire, possesseur publicien [6], constitue deux hypothèques, la première en date est préférable. Si ce sont deux non-propriétaires différents, le créancier qui possède aura l'avantage.

Remarquons que le jurisconsulte ne distingue pas selon la bonne ou la mauvaise foi des créanciers ; elle

4. *Quis magis Publiciana uti possit.* Des auteurs se sont appuyés sur ces mots pour soutenir que le jurisconsulte se demandait quel était celui des deux acheteurs qui pouvait efficacement intenter la Publicienne *contre un tiers*. Ces mots s'expliquent fort bien sans faire intervenir un tiers; le procès s'agite entre les deux acheteurs. Le défendeur, possesseur publicien, aurait la Publicienne s'il n'avait plus la possession ; il ne perdra pas, parce qu'il possède, le bénéfice de cette action. Comment l'invoquera-t-il ? Nous l'avons vu : par une exception fictice du *justum dominium*, donc par la fiction même de la Publicienne. On peut donc dire de celui qui invoque cette exception, qu'il use de la Publicienne, puisqu'il emploie la fiction de la Publicienne et que son exception reproduit la formule même de notre action.

5. *Is quis tantum emit* : c'est-à-dire : *qui tantum prior emit* ; il a acheté avant, mais a reçu tradition après l'autre acheteur, Bas. t. II, supplem. p. 42, XV, 2, 9. Scholie I (Stéphane) : Πότερον ἐκεῖνος ᾧ πρῶτον ἐτραδιτεύθη τὸ πρᾶγμα, ἢ ὁ πρῶτος ἠγορακώς.

6. Il faut supposer que le constituant a la Publicienne; sans cela les créanciers auxquels il a hypothéqué la chose n'auraient aucun droit, tandis qu'un possesseur publicien, en hypothéquant, confère un droit analogue au sien, valable contre les mêmes personnes, L. 18, D., *De Pign.*, 20, 1. — L. 29, D., *De pigner. act.*, 13, 7.

importe peu, car un créancier hypothécaire n'a pas la Publicienne en son nom personnel; voyez *supra*, Chapitre V, nº 55.

Si le même auteur a constitué l'hypothèque, comme l'exception *rei pignoratæ* doit suivre les mêmes règles que l'exception *rei venditæ et traditæ* [7], le créancier premier en date, qui pouvait opposer cette exception à la revendication ou à la Publicienne du constituant, pourra aussi l'opposer aux ayants-cause de ce constituant et par conséquent au second créancier hypothécaire.

Que s'ils ont contracté avec deux non-propriétaires différents, ayant tous les deux droit à la Publicienne [8], alors, de même qu'entre ces deux possesseurs publiciens le possesseur actuel serait préféré, de même le créancier en possession actuelle aura l'avantage, car nécessairement il possède au nom de son débiteur [9] et par conséquent ce débiteur l'emporterait comme possesseur sur l'autre constituant, en vertu du principe : *in pari causa melior est causa possidentis*, donc son créancier hypothécaire l'emportera pareillement sur le créancier hypothécaire de l'autre constituant.

Contrairement à l'opinion de Julien et d'Ulpien, rapportée plus haut, Neratius, jurisconsulte qui vivait sous Trajan, disait que le premier en date doit toujours être protégé de préférence, lors même que les deux parties tiennent la chose de vendeurs différents, cas auquel Ulpien et Julien donnaient l'avantage au possesseur actuel :

L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1 :

7. Voyez ci-après, nº 221, et ci-dessus, Chapitre XVI, note 6.

8. Et qui, bien entendu, ne tiennent pas la chose du même auteur, sans quoi nous rentrerions dans l'hypothèse précédente: le créancier de l'acquéreur le premier en date serait préféré, car son droit est calqué sur celui de son constituant, et ce constituant eût été préféré à l'autre acquéreur.

9. Ce débiteur continue à usucaper par l'entremise de son créancier, voy. L. 1, § 15, L. 36, D. *De adq. pos.* 41, 2.

Uterque nostrum eamdem rem emit a non domino, quum emptio venditioque[10] *sine dolo malo fieret, traditaque est. Sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est qui prior jus ejus adprehendit, hoc est cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo*[11] *tuendus est.*

221. — Examinons tout d'abord l'opinion de Julien et d'Ulpien.

Le défendeur l'emporte si les parties ont acquis de vendeurs différents. Si au contraire ils ont le même auteur, l'antériorité de la tradition détermine la préférence.

Au premier abord il semblerait que ce dernier cas devrait être résolu comme le premier. Puisque le vendeur n'était pas propriétaire, le premier acheteur n'a pu, semble-t-il, acquérir plus de droits sur la chose que le second ; tous deux sont des acquéreurs *a non domino*, tous deux de bonne foi : cette identité de situation ne devrait-elle pas faire appliquer ici la règle : *in pari causa melior est causa possidentis ?*

Mais, dès que le premier acheteur a reçu tradition, il a acquis contre son vendeur l'exception ou la réplique *rei venditæ et traditæ*. Si ce vendeur revendiquait ou intentait la Publicienne contre son acheteur, celui-ci lui opposerait l'exception *rei venditæ et traditæ* ; à l'inverse, supposons ce vendeur rentré en possession, s'il opposait à la Publicienne que le premier

10. *Venditioque.* Pourquoi Nératius exige-t-il que le vendeur soit de bonne foi ? Ulpien dit au contraire : *neque enim dolus venditoris mihi nocebit*, L. 7, § 11, D. *h. t.* — Peut-être Nératius pensait-il encore comme Sabinus (voy. Aulu-Gelle XI, 18) que les immeubles pouvaient faire l'objet d'un vol. Dès lors la vente et la tradition d'une chose, même immobilière, la rendant furtive en cas de mauvaise foi du vendeur, la Publicienne n'aurait pas été recevable. Il n'y a guère plus de soixante-dix ans entre Sabinus et Nératius ; d'ailleurs l'opinion de Sabinus comptait encore des partisans au temps d'Ulpien, voy. *supra*, n° 159, note 18.

11. *Omnimodo*, c. à. d. lors même que la tradition par lui reçue serait postérieure en date à celle dont excipe son adversaire, acquéreur *a non domino*.

acheteur intenterait contre lui l'exception d'une Publicienne égale, son acheteur briserait cette exception par la réplique *rei venditæ et traditæ*.

Or, dès qu'on a acquis le droit d'opposer à une personne l'exception ou, par analogie, la réplique *rei venditæ et traditæ*, on peut invoquer cette exception ou cette réplique contre tout ayant-cause, même à titre particulier, de cette personne [12].

Par conséquent le premier acheteur peut opposer cette exception ou cette réplique au second acheteur, ayant-cause de son vendeur.

Dès lors voici comment les choses vont se passer : le premier acheteur intente la Publicienne contre le second, ce dernier répond par l'exception d'une Publicienne égale, mais cette exception est brisée par la réplique *rei venditæ et traditæ* [13].

Si le second acheteur ne tient pas la chose du même vendeur, cette réplique fait manifestement défaut au

12. L. 3, § 1, D., *De except. rei vend.*, 21, 3 : *Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum jus, sive in eam duntaxat rem successerint.* Voyez surtout *supra*, Chapitre XVI, note 6.

En matière de propriété, de deux acheteurs ou donataires, celui qui l'emporte, c'est aussi celui à qui le vendeur ou le donateur a fait tradition en premier lieu, L. 15, C. *De reiv.*, 3, 32 : *Quotiens duobus in solidum prædium jure distrahitur, manifeste juris est eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.... cum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est haberi potiorem conveniat.* Huschke, par suite de son système exposé plus bas, veut traduire ici *soli* par *seul* : « celui à qui seul la tradition a été faite », et *priori* par : « de préférence. » On persuadera difficilement que *priori soli* soit une expression latine : tout au plus pourrait-on admettre qu'il y avait : *priori* VEL *soli*, et que *vel* aura été omis par un copiste. *Priori vel soli* (à celui qui a reçu le premier, ou a seul reçu tradition) se trouve dans une constitution du même empereur rendue deux ans plus tôt, et à laquelle la fin de la L. 15 semble faire allusion : Frag. Vat. § 315 : *Cum ex causa donationis uterque dominium rei tributariæ vindicetis, eum cui priori possessio, vel soli, tradita est, haberi potiorem constat.*

13. Rappelons à ce propos la solution de la L. 4, § 32, D., *De doli mali except.*, 44, 4 : Si mon vendeur devient propriétaire après m'avoir vendu et livré, puis vend et livre à un second acheteur, je triompherai de ce dernier par la Publicienne. A plus forte raison dois-je l'emporter sur lui lorsque mon vendeur n'est pas devenu propriétaire dans l'intervalle des deux traditions, et n'a pu, par conséquent, transférer au second acheteur plus de droits qu'il n'en avait transmis au premier.

premier acheteur ; par suite, dans ce cas, le possesseur devra toujours l'emporter.

D'ailleurs l'opinion de Julien et d'Ulpien nous semble plus conforme à l'idée qui sert de base à la Publicienne, à la fiction qu'elle contient.

En vertu de cette fiction, les parties doivent être l'une et l'autre considérées comme ayant accompli l'usucapion.

Eh bien ! lorsque deux personnes ont successivement usucapé la même chose, celle-là sera seule propriétaire qui l'aura usucapée la dernière.

Or, la fiction doit aboutir au même résultat que la réalité. Puisque nos deux plaideurs sont tous les deux censés avoir usucapé, le possesseur actuel est naturellement celui qui a usucapé le dernier et par conséquent doit être préféré.

Les solutions de Julien et d'Ulpien se justifient donc entièrement. Leur opinion doit en outre, être préférée comme plus récente, à celle de Nératius ; enfin les compilateurs l'ont insérée au siège de la matière, et c'est par inadvertance qu'ils ont laissé subsister, au titre *De actionibus empti*, le texte de Nératius qui donnait toujours la préférence, en cas d'achat *a non domino*, à la tradition la plus ancienne, même lorsqu'il y a deux vendeurs différents.

222. — Reste à expliquer le motif pour lequel Nératius donnait cette solution.

Pellat (p. 532) n'a pas essayé de le découvrir : Nératius, dit-il, était Proculien, Julien suivait plutôt Sabinus.

Fort bien ! Mais être Proculien n'autorise pas à donner des décisions qui ne s'appuieraient sur aucun motif plausible. Ne pas expliquer l'opinion de Nératius, c'est donner des armes aux partisans des conciliations à tout prix.

La solution de Nératius s'explique si l'on adopte l'idée que nous avons exposée, après Huschke, au Chapitre II, notamment n° 13 *bis*. La Publicienne et les interdits *retinendæ possessionis* découlent des *vindiciæ* antiques. Les deux institutions ont pour but de sanctionner divisément deux intérêts auxquels les *vindiciæ* donnaient satisfaction, mais d'une manière moins complète, moins nette, et donnant bien plus de prise à l'arbitraire.

Lorsque le préteur, en accordant les *vindiciæ*, attribuait la possession provisoire à l'une des parties qui revendiquaient, de quels motifs s'inspirait-il pour rendre sa décision ?

Nous l'avons vu :

Si l'une des deux parties seulement produisait un titre, c'était sans doute à celle-là qu'il attribuait la possession intérimaire ; si aucune ne montrait de titre, le possesseur actuel était préféré.

C'était donc seulement en l'absence de titre que le possesseur actuel obtenait la préférence.

De même, après l'abolition des *vindiciæ*, le plaideur qui a un titre obtiendra, *par la Publicienne*, gain de cause contre le possesseur actuel dénué de titre ; ce n'est qu'en l'absence de titre chez les deux parties que le possesseur l'emportera par les interdits *retinendæ possessionis*.

Mais *quid* si les deux parties se fondent également sur un juste titre ?

Faudra-t-il trancher le débat en faveur de la possession actuelle, ou bien au contraire examinerons-nous ces deux titres pour donner l'avantage à celui qui à première vue paraîtra le plus légitime ? Le premier acquéreur ne peut-il dire à l'autre : lorsque j'ai acquis, vous n'aviez aucun droit sur la chose, mon acquisition n'a donc point empiété sur vos droits ; au

contraire vous avez empiété sur les miens lorsque vous avez acquis, puisqu'antérieurement à ce moment j'étais *in viâ usucapiendi* ? Votre acquisition est donc un empiétement sur un droit qui m'était acquis, votre titre n'est donc pas aussi légitime que le mien, et, tout en réservant la question de propriété, je dois être provisoirement préféré à vous.

Ce langage n'aurait-il pas obtenu gain de cause dans les *vindiciæ* ? Ne doit-il pas aussi être écouté dans la Publicienne, qui découle de ces *vindiciæ*, et par conséquent le Préteur ne doit-il pas refuser au défendeur, dont le titre est plus récent, l'exception *justi dominii fictice*, ce qui assure au demandeur une victoire certaine ?

Si la question d'antériorité devait donner lieu à un trop long débat, le préteur pouvait d'ailleurs insérer l'exception d'une Publicienne égale et donner au demandeur une réplique, peut-être ainsi conçue :

« *Aut si homo, de quo agitur, A° A° priori traditus est.* »

(Voyez *supra*, Chapitre IV, § 4, note 16.)

Tel paraît avoir été l'opinion de Nératius. Ce jurisconsulte, plus voisin de l'origine de la Publicienne, était plus accessible à l'influence de la tradition historique.

D'ailleurs les *vindiciæ* subsistaient peut-être encore lorsque la cause était portée devant les centumvirs, puisqu'alors on procédait par actions de la loi.

S'il était encore possible, au temps de Nératius, de porter une revendication devant les centumvirs, le préteur n'aurait-il pas pu accorder les *vindiciæ* à celui qui avait reçu le premier tradition, et lui assurer ainsi, avec le rôle de défendeur, le gain du procès, puisque, les deux parties tenant par hypothèse la chose *a non domino*, le demandeur ne pourra prouver sa propriété ? Il y aurait donc avantage pour le premier

acquéreur à intenter la revendication en se faisant adjuger la possession provisoire par les *vindiciæ*, plutôt que de demander la Publicienne, s'il est vrai que, dans les *vindiciæ*, l'avantage était attribué au titre le plus ancien.

Tels sont probablement les motifs qui ont déterminé Nératius.

Julien et Ulpien, au contraire, pensaient qu'entre deux possesseurs de bonne foi l'antériorité du titre ne créait point de supériorité. Au fond, ni l'un ni l'autre n'avait usucapé, leur situation était donc égale, et dès lors il ne restait plus qu'à appliquer la maxime *in pari causa melior est causa possidentis.*

En définitive, si l'on s'attache au fond des choses, plutôt qu'à la forme et au nom de l'action, on reconnaîtra que la question qui divisait Nératius et Julien se présente encore de nos jours.

Lorsque le demandeur ne prouve pas que son auteur fût propriétaire, lorsque le défendeur, muni lui aussi d'un titre, ne fait pas non plus cette preuve, si ces deux titres émanent d'aliénateurs différents, mais que celui du demandeur soit plus ancien, doit-il obtenir gain de cause pour ce motif, ou bien la possession actuelle du défendeur doit-elle l'emporter ?

Question controversable à coup sûr, puisqu'elle est encore controversée ! Voyez dans Dalloz 1866, I, 5, la note sur Cass. 27 décembre 1865. L'annotateur se range à l'opinion de Nératius. MM. Aubry et Rau au contraire (t. II, § 219, texte et note 9), suivent la doctrine de Julien et d'Ulpien. Voyez *infra*, n° 378.

223. — On a souvent essayé de concilier ces deux textes, ce qui n'est aucunement nécessaire comme nous venons de le voir. D'ailleurs ces conciliations présentent toujours quelque chose de forcé et sont au fond inadmissibles.

La plus spécieuse a été exposée par Savigny [14]. D'après lui, Nératius aurait eu en vue, non pas le cas où les deux prétendants à la Publicienne sont en lutte l'un contre l'autre, mais celui où, la chose étant possédée par un tiers, il s'agit de savoir auquel des deux prétendants le préteur donnera la Publicienne contre le tiers. Quel motif de préférence invoquer ? Tous deux ont acquis *a non domino* [15], aucun ne possède, il ne reste donc plus qu'à consulter l'ordre des traditions et à donner la préférence à celui qui aura reçu tradition le premier. Donc l'acquéreur le plus ancien intentera seul la Publicienne contre le tiers et, s'il réussit, une fois nanti de la chose, il repoussera la Publicienne du second acquéreur en vertu de la maxime : « *In pari causa melior est causa possidentis.* »

Cette explication assez ingénieuse rencontre d'abord l'objection signalée à la note précédente. Puis, comment expliquer alors la fin du texte : « *Si alter ex nobis a domino emisset is omnimodo tuendus est* » ? Il ne peut s'agir ici de donner de préférence, et contre un tiers, la Publicienne à l'acquéreur *a domino*. S'il était constant, devant le préteur, que l'une des trois parties en cause a acquis *a domino*, comme il ne peut y en avoir une autre dans la même situation, le procès serait terminé d'emblée. Aussi la fin du texte vise-t-elle un conflit entre les deux acquéreurs; on doit dès lors supposer tout naturellement qu'il en est de même du commencement du fragment.

14. *System.* t. VII, p. 308, note *m*. Elle avait déjà été proposée par divers auteurs cités par Pellat, p. 533, note 1. Ajoutez : Schmid I, p. 364 et s.

15. Première invraisemblance. Comment le Préteur pourra-t-il savoir qu'ils ont tous les deux acquis *a non domino*? Tous deux ont cru acquérir du propriétaire, et l'on ne voit pas pourquoi leur bonne foi aurait cessé. Tous deux soutiendront que leur auteur était propriétaire. On ne peut être certain du contraire que si l'on sait de science certaine quel est le véritable propriétaire. S'il est connu, si son droit est à ce point manifeste, tous ces procès sont inutiles, il n'aura qu'à paraître pour mettre en déroute tous ces prétendants. Le texte ne peut donc viser cette hypothèse : c'est devant le juge seulement, après les débats, qu'on saura si la chose a été acquise *a domino* ou non.

Enfin, et nous empruntons cet argument à Pellat, p. 533, on ne voit pas du tout pourquoi on ne donnerait pas simultanément, contre un tiers, la Publicienne à deux personnes qui la réclament en même temps. C'est ce qu'on fait en cas de revendication et de pétition d'hérédité [15 bis]; or la Publicienne suit les règles de la revendication [16].

Celui des deux demandeurs qui aura eu gain de cause le premier obtiendra du possesseur la restitution de la chose et viendra sans doute, par une *translatio judicii*, prendre la place de ce possesseur dans le procès qu'il soutient contre le second demandeur.

224. — La conciliation de M. de Vangerow [17] est encore moins admissible.

Selon lui, Julien et Ulpien parleraient de celui qui doit être préféré *comme demandeur* (*quis magis Publiciana uti possit*). Celui qui a reçu tradition le premier intente l'action, il aura l'avantage s'il a acheté du même vendeur que le défendeur; si au contraire les vendeurs étaient différents, le défendeur l'emportera : *melior est causa possidentis quam petentis.*

Nératius au contraire s'occuperait de la question de savoir qui sera préféré *comme défendeur*. Celui qui aura reçu tradition le premier aura, s'il est défendeur, toujours la victoire, qu'il ait acquis du même vendeur ou d'un vendeur différent. Si l'un a acquis *a domino*, il sera protégé dans tous les cas (*omnimodo tuendus est*), c. à. d. tant comme *demandeur* que comme *défendeur*.

Mais, prenons-y garde, ces derniers mots prouvent que l'expression *tuendus est* peut aussi bien s'appliquer à un demandeur qu'à un défendeur; il est donc arbi-

15 *bis*. L. 57, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 57, D., *De hered. pet.* 5, 3.
16. L. 7, § 8, D., *h. t.*
17. Vangerow, Lehrbuch, I, § 335, n. II, 2 b.

traire de supposer que, dans la première partie du texte, Nératius considère toujours le premier acquéreur comme défendeur. Enfin, quand il nous dit que celui qui a reçu tradition le premier doit toujours être protégé, qu'il ait acquis du même vendeur ou non, cela implique, *a contrario* mais très certainement, que celui qui reçu tradition le dernier, même s'il est défendeur, même s'il a acquis d'un autre vendeur, ne sera pas protégé, n'obtiendra pas gain de cause, ce qui est inexact d'après la L. 9, § 4, D., *h. t.*

Cette explication est donc forcée.

Vangerow invoque à l'appui la Scholie 1, Bas. *Supplem.* XV, 2, 9, que Zachariæ par conjecture attribue à Stéphane. — Il est bien vrai que telle est l'explication que le Scholiaste donne du texte de Nératius, mais pour le texte de Julien l'explication du Scholiaste est toute autre que celle qu'indique Vangerow.

D'ailleurs la Scholie est à peu près inintelligible; on se perd dès qu'on veut serrer le raisonnement de près, et toute personne sans prévention reconnaîtra, croyons-nous, que le Scholiaste s'y est perdu lui-même. Nouvelle preuve de l'impossibilité d'une conciliation.

225. — L'explication de Huschke, p. 94 et s. est encore plus forcée que la précédente. Elle est encore plus difficile à saisir; nous allons essayer pourtant d'en donner une idée.

Pour la comprendre, il faut se rappeler ce que nous avons dit, au Chapitre X, texte et notes 27 et 49. Huschke s'appuyant sur la L. 10, pr. D., *De usurp.*, 41, 3, croit, à tort selon nous, que d'après les Proculiens l'usucapion commençait dès le jour de la vente, avant la tradition.

L'opinion contraire de Sabinus avait prévalu, (toujours d'après Huschke).

Dans la L. 9, § 4, D., *h. t.*, Ulpien ne placerait pas

les deux acheteurs en conflit l'un avec l'autre, car il suppose que l'un a reçu tradition, que l'autre au contraire a *seulement* acheté : « *An is qui tantum emit* »[18].

Ulpien se demanderait auquel de ces deux acheteurs compète la Publicienne contre un tiers [19], à celui à qui la tradition a été faite de préférence (c'est ainsi qu'il traduit *priori*), ou à celui à qui la tradition n'a pas été faite du tout. Cette question rappelle l'ancienne controverse qui avait existé, selon Huschke, sur le point de départ de l'usucapion, mais la réponse était tellement facile et certaine d'après ce qu'Ulpien a dit précédemment (L. 7, § 16, *h. t.*,) qu'Ulpien (c'est toujours Huschke qui parle) se dispense de la donner. C'est pourquoi il préfère citer un passage de Julien qui élargit beaucoup la question. Julien ne se demandait pas lequel des deux acheteurs aurait la Publicienne vis-à-vis d'un tiers, mais il les mettait en conflit et distinguait : s'ils ont acquis du même vendeur, alors, selon le cours naturel des choses, la tradition n'a pu être faite qu'à l'un des acheteurs, car on ne peut d'ordinaire faire tradition une seconde fois d'une chose qu'on a déjà livrée. Celui qui a reçu tradition l'emportera donc, puisqu'il a la Publicienne et que l'autre acheteur ne l'a pas. S'il y a au contraire deux vendeurs, il est naturel de supposer à l'inverse que chaque vendeur a fait tradition à son acheteur ; alors évidemment la possession actuelle doit décider entre eux.

Quant à Nératius, il suppose, d'après Huschke, que deux personnes ont acheté d'un non-propriétaire (que ce soit du même vendeur ou non, peu importe) et que la chose a été livrée ; *il ne dit pas*

18. Pour la réfutation, voyez *supra*, note 5.

19. C'est le contre-pied du système de Vangerow, d'après lequel c'est Nératius qui examinait cette question-là. Ces deux systèmes se réfutent réciproquement. La vérité, c'est qu'il est arbitraire de supposer que l'un de ces deux textes parle de la Publicienne intentée contre un tiers.

livrée à chacun d'eux, et c'est à tort selon Huschke que Mommsen veut insérer ici *utrique* que le texte ne porte pas. Donc la tradition a été faite à l'un d'eux seulement de préférence à l'autre, c'est ainsi que Huschke entend le mot *priori*, celui-là sera seul protégé par la Publicienne; c'est là une décision qui rappelle encore la solution de l'ancienne controverse sur le point de départ de l'usucapion: celui-là seul a la Publicienne, à qui la chose a été livrée, parce que celui-là seul se trouve *in via usucapiendi*, l'autre n'y est pas encore. Que si l'un des deux a acquis du vrai propriétaire, celui-là doit être protégé, alors même que l'autre aurait aussi reçu tradition : tel serait le sens de « *omnimodo* ».

Les deux textes ne seraient donc aucunement en contradiction l'un avec l'autre, ni avec les principes de la Publicienne; l'antériorité de tradition ne serait jamais une cause de préférence vis-à-vis d'un adversaire qui a aussi reçu tradition. Julien suppose que lorsque le vendeur est le même, l'un des acheteurs a seul reçu tradition, et lorsqu'il y a deux vendeurs, que les deux acheteurs ont aussi reçu tradition. Cela arrivera en effet le plus ordinairement; mais comme il peut aussi arriver que l'un seulement des acheteurs reçoive tradition, Nératius, laissant de côté la distinction de Julien, ne s'attache qu'à la question de savoir lequel des deux a reçu tradition, et c'est là en effet le point décisif.

Voilà le système de Huschke !

Il est à peine besoin de faire remarquer combien cette interprétation est forcée.

Quoi! sans nous l'indiquer même d'un mot, Julien supposerait dans un cas qu'un seul des acheteurs a reçu tradition!

Ulpien, lui, se poserait une question absolument superflue après ce qu'il a dit dans la L. 7, § 16, *h. t.*,

puis, après avoir eu le tort de la poser, il aurait eu le second tort de ne pas la résoudre !

Priori signifierait, non pas une tradition antérieure à une autre, ce que le comparatif désigne pourtant assez clairement, mais une tradition faite exclusivement à l'un des acheteurs ! C'est torturer le sens des mots [20].

20. Signalons, pour mémoire, les conciliations plus arbitraires encore de Gimmerthal, p. 126-130, et de Nissen, *Die Kaufrechtliche Tradition*, p. 12 et s.

Suivant Gimmerthal l'acheteur n'avait la Publicienne, à l'époque de Nératius et de Julien, que si le vendeur était de bonne foi ; voilà pourquoi Nératius suppose les deux vendeurs de bonne foi (*cum emptio venditioque bona fide fieret*), dès lors les deux acheteurs ayant acquis tous les deux droit à la Publicienne, il y a lieu, pour vider le conflit, de consulter l'antériorité. — Dans le cas prévu par Julien au contraire, les deux vendeurs étaient de mauvaise foi (notons combien cette supposition est arbitraire), aucun d'eux n'avait droit à la Publicienne, le possesseur devait donc l'emporter. — Réfutation : d'abord rien ne prouve que la mauvaise foi du vendeur ait jamais eu d'autre influence que de rendre la chose furtive ; voy. *supra*, note 10 ; rien ne fait supposer que la règle posée par Ulpien, L. 7, § 11, *h. t.*, soit une innovation. Puis Ulpien, dans ce système, aurait tort d'approuver la solution de Julien dans la L. 9, § 4, *h. t.*, puisque cette solution reposerait sur un motif qui aurait disparu du temps d'Ulpien. En outre il serait bien singulier de voir le jurisconsulte se demander : « *quis magis Publiciana uti possit.* » à propos de deux acheteurs qui n'ont ni l'un ni l'autre la Publicienne. Enfin Gimmerthal se contredit lui-même : d'après lui en effet (§ 14) c'est Julien qui a fait considérer comme superflue la bonne foi du vendeur. Il n'a donc pas pu s'appuyer sur le motif qu'aucun des deux acheteurs n'avait la Publicienne par suite de la mauvaise foi de leurs vendeurs.

Suivant Nissen, Nératius, qui préfère la tradition antérieure même dans le cas d'acquisition a *diversis non dominis*, aurait en vue le cas où l'un des acheteurs a payé son prix, et le « *qui prior jus ejus apprehendit* » aurait ce sens ! La tradition sans paiement du prix ne serait pas une tradition efficace, une véritable tradition. C'est dommage que le jurisconsulte ait enveloppé sa pensée de voiles si épais, alors qu'il lui suffisait d'ajouter les deux mots « *pretio soluto!* » D'ailleurs le paiement du prix est indifférent au point de vue de la Publicienne ; L. 8, D. *h. t.* ; voyez *supra*, Chapitre XII, nos 120 à 125.

CHAPITRE XVIII.

De la Publicienne du propriétaire quiritaire. — La propriété civile s'éclipse peu à peu devant la propriété prétorienne et la revendication est absorbée par la Publicienne. — Cette idée explique quelques doctrines d'Ulpien. — De l'expression actio in rem *employée comme synonyme de Publicienne.*

226. — On peut, après avoir échoué sur la revendication, intenter la Publicienne. — Réciproquement, on peut intenter la revendication après avoir échoué sur la Publicienne, pourvu qu'on n'appuie pas sa propriété sur un mode d'acquisition reposant sur la possession. — 227. On pouvait aussi intenter à la fois la revendication et la Publicienne, celle-ci subsidiairement à celle-là. Ce procédé, bien plus avantageux que l'exercice successif des deux actions, devait être fréquent à l'époque classique, et s'impose sous la procédure extraordinaire. — 228. En outre, toutes les fois que le propriétaire remplissait les conditions de la Publicienne, c'est-à-dire presque toujours, il était beaucoup plus avantageux pour lui d'intenter la Publicienne que la revendication, et il n'y avait aucun inconvénient. Par suite, l'action *in rem* par excellence du droit romain classique, l'action de beaucoup la plus usitée en pratique, c'était la Publicienne et non la revendication. — 229. Le remplacement usuel de la revendication par la Publicienne explique certaines doctrines d'Ulpien. — 230. Par suite de cette substitution, l'action que les textes désignent par l'expression *in rem actio*, sans autre indication, est presque toujours la Publicienne. Commentaire de six textes invoqués à l'appui de cette idée. Autres arguments. *A fortiori* les mots *utilis in rem actio*, *utilis vindicatio* désignent-ils souvent la Publicienne.

226. — Après avoir sans succès intenté la revendication, on peut sans aucun doute avoir recours à la Publicienne ; de ce qu'on n'est pas actuellement propriétaire quiritaire, il ne résulte nullement qu'on ne le serait pas devenu si l'on avait possédé plus longtemps.

Les textes le disent d'ailleurs expressément [1].

En général, on pourrait, à l'inverse, intenter la revendication après avoir succombé sur la Publicienne. Vous pouvez être propriétaire quiritaire et n'avoir pas la Publicienne parce que vous n'avez pas reçu tradition (ou pris possession sans vices, ce qui, nous l'avons vu, équivaut à la tradition).

Par exemple, un légataire *per vindicationem*, avant d'avoir pris possession, n'a pas la Publicienne, il a la revendication.

De même si l'on a acquis la propriété par mancipation, cession *in jure*, ou tout autre mode qui ne repose pas sur l'acquisition de la possession.

Tant qu'il n'y a pas tradition ou prise de possession, la Publicienne vous fait défaut ; vous avez donc pu succomber par ce motif.

Ainsi dans les hypothèses, d'ailleurs très rares [2], où un propriétaire ne réunit pas les conditions voulues pour avoir droit à la Publicienne, s'il succombe pour ce motif dans cette action, rien ne l'empêche d'intenter ensuite la revendication.

Mais la revendication se heurterait à l'exception de chose jugée, si le demandeur prétendait appuyer sa propriété quiritaire sur un mode d'acquisition reposant sur la possession, comme l'usucapion, par exemple, car son échec sur la Publicienne établit, par la force de la chose jugée, qu'il ne se trouvait pas in *via usucapiendi*.

En résumé, il y aura lieu d'examiner si, par sa revendication, le demandeur ne soulève pas de nouveau une question implicitement jugée sur la Publicienne,

1. L. 39, § 1, D., *De evictionibus*, 21, 2. Voyez l'explication de ce texte *supra*, Chapitre XV, note 130.

2. Elles devinrent plus rares encore lorsque la cession *in jure* (toujours peu usitée) et la mancipation tombèrent en désuétude

mais on voit que l'exercice de la Publicienne n'exclut pas nécessairement une revendication ultérieure.

227. — Dans ces conditions, pour éviter deux procès, ne serait-il pas avantageux d'intenter à la fois les deux actions, qui mènent d'ailleurs, en cas de réussite, identiquement au même résultat ?

Ulpien, L. 1, § 4, D., *Quod legatorum*, 43, 3 [2 bis], pose comme principe général qu'on peut demander la délivrance de deux formules, lorsqu'on ne sait pas au juste laquelle de deux actions est la plus convenable à l'espèce. On déclare alors qu'on entend obtenir justice en vertu de l'une de ces deux formules : « *protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit.* »

Ainsi, celui qui se croit propriétaire fera bien de demander à la fois la formule de la revendication et celle de la Publicienne, car s'il réussit à prouver sa propriété quiritaire, le juge statuera sur la première formule ; que s'il échoue dans cette preuve, il n'obtiendra pas moins gain de cause en vertu de la seconde formule, si son adversaire ne justifie pas qu'il est propriétaire, ou qu'il a un droit égal au point de vue de la Publicienne.

Ce procédé, consistant à intenter principalement la revendication et subsidiairement le Publicienne, c'est-à-dire à invoquer d'abord la propriété civile et subsidiairement la propriété prétorienne, pouvait donc et devait être employé fréquemment dès l'époque classique.

Il vaut beaucoup mieux l'employer que d'intenter successivement la revendication et la Publicienne, car si l'on succombe sur la première action, des inconvénients surgissent. Il y a alors chose jugée que le demandeur n'est pas propriétaire et par suite le plaideur n'abordera pas le second juge avec une situation entière : un

2 *bis*. Supprimez, avec Mommsen les mots « *hoc interdicto* » avant *possideat* et lisez : *possideat, teneatur*.

préjugé s'élèvera contre lui. Enfin, s'il avait plus tard à revendiquer contre un autre défendeur, son premier échec, sans constituer contre lui une fin de non-recevoir, puisque la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties, lui nuirait pourtant beaucoup.

S'il intente au contraire les deux actions ensemble, le juge, pressé d'abréger sa besogne, s'empressera de lui donner gain de cause sur la Publicienne, dès qu'il reconnaîtra cette action fondée, et sans plus approfondir la question de propriété qui restera ainsi indécise.

En outre, s'il a perdu le procès sur la revendication, il est dès lors presque forcément constitué en état de mauvaise foi, il ne peut plus faire les fruits siens ; s'il gagne ensuite son procès sur la Publicienne et reprend ainsi la possession, il ne pourra plus usucaper, et par suite s'il était dépossédé de nouveau il n'aurait plus la Publicienne [3].

J'ai déjà parlé des lenteurs et des frais qu'entraînerait l'exercice successif des deux actions. Tous ces inconvénients sont évités si on les intente cumulativement.

Dira-t-on que la Publicienne subsidiaire nuit à la revendication, en ce qu'elle montre un demandeur peu assuré de son droit ?

Cette objection méconnaît les nécessités de la pratique ; il y a peu de propriétaires qui soient en mesure de prouver catégoriquement leur droit. Un domaine se compose souvent de fonds réunis par des acquisitions partielles ; il vient de plusieurs auteurs différents. Les aliénateurs ne livrent pas leurs titres quand ils n'aliènent pas la totalité de leur bien, etc. Par conséquent, à moins d'ignorer complètement la pratique des

3. Voyez *supra*, Chapitre XV, nº 209.

affaires, on ne peut concevoir aucun préjugé défavorable contre celui qui, par prudence, joint une Publicienne subsidiaire à une revendication principale.

Ce procédé devait donc, dès l'époque classique, être conseillé par tout praticien.

Sous la procédure extraordinaire, il s'impose : le juge n'est plus lié par une formule ; on prendra donc tout simplement des conclusions principales et des conclusions subsidiaires. Toute revendication sera en même temps une Publicienne.

Il n'est pas possible qu'il en ait été autrement. Mettons-nous à la place d'un avocat de cette époque. N'aurions-nous pas conseillé à nos clients cette procédure prudente et économique ? Evidemment oui ! Pense-t-on que les juristes d'alors fussent moins habiles que nous ? Ce serait une présomption peu justifiée.

En pratique, la Publicienne et la revendication devaient donc se mêler dans une procédure commune, et former un tout pour lequel il n'y avait qu'une désignation convenable, l'expression d'*actio in rem*, sans préciser davantage.

228. — Il y avait même un procédé beaucoup plus simple et qui devait être employé de préférence dans l'immense majorité des cas, c'est-à-dire toutes les fois que la propriété avait été acquise par tradition, ou, pour employer une expression plus générale, acquise de façon à réaliser les conditions de la Publicienne.

Les deux actions peuvent en effet se mêler même sans recourir au procédé des deux formules.

On peut se contenter de demander la formule de la Publicienne, et attendre les défenses de l'adversaire :

S'il oppose l'exception *justi dominii*, tant mieux ! il prend à sa charge la preuve *diabolique* dont on a voulu éviter la difficulté ;

S'il oppose l'exception d'une Publicienne égale, qui empêchera d'y répondre par une réplique tirée de ce qu'on a acquis *a vero domino* (voyez *supra*, Chapitre XVII, n° 219); ou bien, si l'on ne peut prouver la propriété de son auteur, mais qu'on ait usucapé, pourquoi ne pourrait-on pas invoquer la réplique *justi dominii ?*

Celui qui oppose l'exception d'une Publicienne égale, se met dans la situation d'un demandeur qui intenterait contre vous la Publicienne : *reus excipiendo fit actor* ; or, à une Publicienne dans laquelle vous seriez défendeur, vous pourriez opposer l'exception *justi dominii*, donc vous pouvez aussi user de ce moyen comme réplique.

Pour préciser les idées insistons encore un peu.

Propriétaire, je demande la Publicienne contre un tiers qui possède mon esclave;

De deux choses l'une :

Ou il n'oppose aucune exception ;

Alors évidemment j'ai plus d'avantage que si j'avais demandé la formule de la revendication; la preuve qui m'incombe est bien plus aisée à fournir;

Ou bien il fait insérer une exception :

Soit l'exception *justi dominii*, c'est-à-dire qu'il s'engage à prouver sa propriété bien qu'il soit défendeur. — Rien de plus avantageux pour moi!

Soit l'exception d'une Publicienne égale, c. à. d. l'exception *justi dominii* fictice;

Alors il faut que je fasse insérer à mon profit l'une des deux répliques suivantes :

1° Soit la réplique *rei venditæ et traditæ* : « *aut si homo, q. d. a., A°. A°. priori ab eodem venditore traditus sit* » (arg. L. 9, § 4, D., *h. t.* ; L. 31, § 2, D., *De act. empti*, 19, 1 ; L. 3, § 1, D., *De except. rei venditæ*, 21, 3), dans le cas où mon adversaire tient la chose du même auteur que moi; voyez ci-dessus, n° 221.

2° Soit la réplique *justi dominii*.

Dans tous les cas la Publicienne me mène exactement au même résultat que la revendication, avec un avantage considérable, à savoir que je ne serai obligé de prouver ma propriété que dans un seul cas, celui où le défendeur, acquéreur de bonne foi, tiendrait la chose d'un auteur autre que le mien.

On le voit, c'est à la dernière extrémité seulement que je pourrai me voir contraint à prouver ma propriété : avantage énorme!

Donc il était infiniment plus avantageux pour un propriétaire d'intenter la Publicienne que la revendication [3 bis].

A part de rares exceptions, c'est la Publicienne que l'on devait toujours intenter, et non la revendication proprement dite. Vous revendiquerez lorsque vous serez certain de pouvoir faire aisément la preuve irréfragable de votre propriété. Mais alors, le plus souvent il n'y aura pas de procès : en face d'un droit si évident le défendeur s'inclinera presque toujours.

Nous arrivons ainsi au point culminant de cette étude, à une idée essentielle, sur laquelle il importe d'insister, car, féconde en conséquences d'une extrême gravité, elle jette une lumière nouvelle sur plusieurs questions importantes et difficiles :

L'ACTIO IN REM *par excellence du droit romain, au moins depuis l'époque classique, l'action usitée en pra-*

3 *bis*. La L. 1, § 1, D. *h. t.* ne refuse pas la Publicienne au propriétaire, mais fait seulement remarquer qu'il n'en a pas besoin : *Merito prætor ait « nondum usucaptum », nam si usucaptum est habet civilem actionem, nec desiderat honorariam*.

Dans la Publicienne, le demandeur doit prouver la *justa causa* et la tradition ; il suffit qu'il se soit écoulé depuis lors plus d'un ou deux ans pour qu'il ait usucapé, à moins que le défendeur ne prouve que le demandeur a perdu la possession avant l'expiration du délai. La preuve ne sera pas plus difficile à fournir dans ce cas pour la revendication que pour la Publicienne.

tique, ce n'est pas la revendication, c'est la Publicienne[4]

D'ailleurs, par le jeu des exceptions et des répliques, la Publicienne renferme une revendication, toutes les fois que le demandeur y est amené à prouver sa propriété quiritaire.

Cela a lieu notamment, lorsque, s'agissant d'une *res nec mancipi,* le demandeur qui intente la Publicienne et qui se voit opposer l'exception d'une Publicienne égale, invoque la réplique tirée de ce qu'il a, lui, reçu tradition *a domino*. Prouver qu'on a reçu tradition *a domino* d'une *res nec mancipi*, c'est prouver qu'on en est propriétaire quiritaire.

On aboutit donc au même résultat que si l'on avait revendiqué, mais on a avantage à prendre la voie de la Publicienne, parce qu'on a la chance d'échapper à la preuve difficile de la propriété. En effet, on n'est forcé d'en venir là que si le défendeur démontre qu'il a, lui aussi, acquis avec juste titre ; encore faut-il que cette acquisition ne soit pas postérieure en date à celle du demandeur, si elle émane du même auteur, car dans ce cas encore le demandeur n'aurait pas à prouver la propriété de son auteur (L. 9, § 4, D., *h. t.*), il opposerait la réplique *rei venditæ*. On sait que cette exception peut être opposée par l'acheteur à tous ceux qui ont traité avec son vendeur depuis qu'il a reçu tradition, voyez *supra*, n° 214, note 6 et n° 221, note 12.

Même s'il s'agit d'une *res mancipi*, dont on est devenu propriétaire par un mode de droit civil, et pourvu qu'on en ait eu, au moins un instant, la possession, l'action publicienne suffira parfaitement. Supposons en effet que l'adversaire oppose l'exception d'une Publicienne égale : le demandeur pourra briser cette exception par la réplique *justi dominii*.

4. Cela revient à dire que, dès l'époque classique, la propriété qui compte en pratique, c'est la propriété prétorienne.

Ainsi la Publicienne a dû, dans la pratique, se substituer de plus en plus à la revendication dont elle possède tous les avantages sans en avoir les inconvénients.

La revendication s'est fondue dans la Publicienne; l'action civile ne sera plus intentée que dans les hypothèses très rares où un propriétaire quiritaire ne remplit pas les conditions requises pour intenter l'action prétorienne.

Sous l'empire de la procédure extraordinaire, alors qu'il n'y a plus de formule, tout ce que nous venons de dire doit être admis *a fortiori*. L'action qu'intente le propriétaire est donc un mélange de revendication et de Publicienne.

En pratique, cela aboutit à décider que, pour triompher dans un procès en revendication, le demandeur ne sera pas toujours forcé de prouver sa propriété; il lui suffira de justifier qu'il a acquis en vertu d'une juste cause, du moins toutes les fois que le défendeur ne produira aucun titre, ou que son acquisition émanera du même auteur que celui du demandeur et sera postérieure en date. Nous verrons au Chapitre XXVIII que les mêmes règles sont admises dans notre jurisprudence moderne.

229. — La fusion qui s'opère à l'époque classique entre la revendication et la Publicienne, la substitution de l'action prétorienne à l'action civile, se révèle notamment dans certaines doctrines d'Ulpien et les explique.

Lorsque, dans une tradition, le *tradens* entend faire une donation, l'*accipiens* recevoir un *mutuum*, il n'y a, bien entendu, ni donation ni *mutuum*, mais, malgré ce désaccord sur la cause de la tradition, comme il y a intention d'aliéner et d'acquérir, Julien décide (L. 36, D., *De adq. rer. dom.*, 41, 1) que la propriété est transmise. Ulpien, au contraire, se prononce pour l'inefficacité de la tradition, L. 18, D., *De reb. cred.* 12, 1.

Il faut remarquer que, dans cette hypothèse, l'*accipiens* n'aurait pas la Publicienne, faute de *justa causa.*

On pourrait soutenir aussi que le *tradens* n'a pas perdu la Publicienne qui lui compétait avant la tradition. Quand on aliène, on perd la Publicienne, non pas parce qu'on ne réunit plus les conditions requises pour l'exercer, (car ces conditions subsistent au contraire : il est toujours vrai qu'on a jadis reçu tradition de cette chose *ex justa causa*) mais c'est que l'aliénation entraîne renonciation à la Publicienne (voyez plus bas, Chapitre XXIII, Section II). Dans notre espèce, le *tradens* a renoncé à la Publicienne pour faire une donation, mais cette donation n'a pas été réalisée faute d'accord entre les parties : l'*accipiens* entendait emprunter. Dès lors, en pareil cas c'est le *tradens* qui l'emporterait sur l'*accipiens* par la Publicienne, à laquelle il ne peut, dans l'espèce, être censé avoir renoncé ; l'exception *justi dominii* lui serait vainement opposée, il la briserait par la réplique de dol ; la donation qu'il a voulu faire n'ayant pas été acceptée, ne saurait lui être opposée.

Dans ces conditions, à quoi bon dire que la propriété est transmise, lorsque l'*accipiens* n'a point acquis l'action réelle prétorienne, et que l'aliénateur ne l'a point perdue ? Ce serait une acquisition purement théorique ; pratiquement il n'y a pas eu aliénation. A notre gré le texte d'Ulpien prouve que ce jurisconsulte avait une tendance à trancher la question d'acquisition de la propriété par celle d'acquisition de la Publicienne et à se placer ainsi au point de vue pratique.

En d'autres termes, c'est la propriété prétorienne que l'on considère surtout à cette époque : on en arrive à la qualifier de *dominium*, expression exclusivement réservée autrefois à la propriété civile [4 bis].

4 *bis*. L. 14, § 1, D. *De religiosis*, 11, 7 ; voyez *supra*, n° 4 *in fine*. — L. 26, § 6, D. *De noxal. act.*, 9, 4. — L. 1, D. *De bon. pos.*, 37, 1. — L. 47, D. *De furtis*, 47, 2.

On voit que l'existence d'une *justa causa traditionis* consistant dans un acte juridique antérieur, est nécessaire, selon Ulpien, pour que la tradition transfère la propriété ; cette idée lui a été inspirée, croyons-nous, par les principes de la Publicienne.

Elle explique encore, selon nous, une controverse analogue à la première, entre Julien et Ulpien.

Julien (L. 2, § 5, D., *De donat.* 39, 5) décidait que si le donateur sous condition décédait ou devenait fou avant l'arrivée de la condition, la propriété n'en passait pas moins à l'*accipiens*. Remarquez qu'il ne dit pas qu'il y aura alors donation.

Ulpien au contraire L. 9, § 1, D., *De jure dotium*, 23, 3, déclarait qu'en pareil cas la propriété n'était pas acquise au donataire, parce que la donation ne pouvait pas se former : *quia pendet donatio in diem nuptiarum*. En effet la donation se forme par le transfert de propriété, donc il n'y a pas de donation avant l'arrivée de la condition. Si à cette époque le donateur est mort, il ne peut y avoir de donation, car l'acte juridique appelé donation entre vifs ne peut se former entre un mort et un vivant. Dès lors la tradition manquera de *justa causa*, et Ulpien est ici fidèle à sa doctrine en n'admettant pas le transfert de propriété [4 ter],

4 *ter*. Ce texte a été expliqué de bien des façons. Voyez notamment : Bufnoir, Condition, p. 400 et s., Pellat, textes sur la dot *ad h. l.* Savigny. Verm. Schrift. I, p. 369 et s. — Scheurl, Nebenbestimmungen, p. 50 et s. — Grueber Versuch. e. Erklærung der L. 9, § 1, *De jure dotium*, Munich 1874. — L'explication de M. Bufnoir consiste à supposer que la chose avait été *mancipée* (les compilateurs auraient remplacé *mancipavero* par *tradidero*) avec l'intention de n'en transférer la propriété qu'à l'époque du mariage, et s'il avait lieu. Alors l'effet de la mancipation aurait été suspendu par une condition tacite, et la mancipation eût été censée faite au jour de l'arrivée de la condition, comme cela a lieu pour la *cession in jure* (L. 18, D. *Commun. præd.*, 8, 4). Mais alors il faut, bien entendu, que les parties soient encore capables au jour où la mancipation est reportée. — Cette explication ingénieuse pèche, à notre gré, en ce qu'elle suppose la mancipation affectée d'une condition tacite, alors que le texte indique nettement une condition *expresse*, ce qui est d'ailleurs nécessaire pour éviter que la propriété ne passe immédiatement à l'ac-

car s'il n'y a pas de *justa causa*, le donataire n'aura pas droit à la Publicienne, par conséquent il n'aura pas acquis la propriété prétorienne, ce qui revient à dire, en pratique, qu'il n'a pas acquis la propriété.

Peut-être faut-il apprécier de la même façon une autre controverse entre Julien (L. 37, § 6, D., *De adq. rer. dom.* 41, 1.) et Ulpien (L. 13, D., *De don.* 49, 5).

Si, voulant me faire une donation, vous livrez à mon mandataire qui reçoit dans l'intention d'acquérir pour lui-même, il n'y a rien de fait, affirme Julien.

Ulpien dit au contraire : il n'y a rien de fait, en ce sens que mon mandataire n'acquiert point, mais moi j'acquiers : *nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.*

En effet, ce mandataire ne saurait avoir la Publicienne, car l'aliénateur n'avait pas l'intention de gratifier ce mandataire qui, par conséquent, n'a aucune *justa causa*; or une *justa causa* est nécessaire pour la Publicienne. D'un autre côté, cette action compétera au mandant, car il remplit les conditions de l'Edit : il a une *justa causa*, la donation, et peut invoquer la tradition faite à son esclave, à son mandataire comme si elle avait été faite à lui-même, et bien qu'elle ne lui ait pas fait acquérir la possession, ainsi que nous l'avons vu au Chapitre XIII. Le mandant n'a pas ici acquis la possession, parce que le mandataire n'a pas eu l'intention de la lui faire acquérir.

Si le mandataire n'a point la Publicienne, et si cette action compète au contraire au mandant, on peut, en se plaçant au point de vue de la pratique et de la propriété prétorienne, dire avec Ulpien du mandataire : *nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.*

quéreur, car la donation est ici faite pour constituer une dot : *Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi ut* STATIM *res sponsi fiant*, L. 8, D., *De jure dot.* 23, 3.

230. — Les textes confirment d'ailleurs le résultat auquel nous arrivons par les considérations qui précèdent, à savoir que l'action *in rem* par excellence, dès l'époque classique, c'est la Publicienne; la revendication, presque inusitée, n'a plus guère d'importance pratique ; on en parle encore dans les traités de droit, mais tout ce qu'on en dit s'applique à sa sœur, la Publicienne, qui lui ressemble d'ailleurs tellement qu'on les confond ; cela n'a d'ailleurs aucun inconvénient.

L'action désignée par nos sources sous le nom d'*actio in rem*, c'est très souvent la Publicienne. Nous espérons l'avoir déjà démontré pour deux textes d'Ulpien, la L. 41 et la L. 77, D., *De reiv.*, 6, 1 [5]. Il y en a beaucoup d'autres que nous ne pouvons pas alléguer ici, parce que nous voulons précisément invoquer cette habitude des Romains, d'appeler la Publicienne « *actio in rem* » pour démontrer qu'il s'agit dans ces textes de la Publicienne. Nous ferions donc une pétition de principe en alléguant ces textes pour prouver cette habitude.

Nous nous bornerons à citer encore quatre textes.

Le premier est un fragment qui ne soulève pas de difficulté et où Julien, par les mots d'*actio in rem* a certainement voulu désigner la Publicienne.

L. 22, pr. D., *Rerum amotarum*, 25, 2 :

Si propter res amotas egero cum muliere et lis æstimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem ? Movet me quia dolo adquisiit possessionem. Respondi : qui litis æstimationem suffert, emptoris loco habendus est ; ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, æstimationem litis præstiterit, adversus vindicantem maritum, vel heredem mariti, exceptionem habet, et, si amiserit possessionem, IN REM ACTIO *ei danda est.*

5. *Supra,* Chapitre IX, n° 91 et note 13.

Une femme a soustrait des objets appartenant à son mari qui intente alors contre elle l'action *rerum amotarum*. Cette action est arbitraire [6]. La femme ne restituant pas les objets qu'elle a pourtant en sa possession [7], la valeur de ces objets est estimée et la femme est condamnée à payer une somme d'argent équivalente. Elle l'a payée [8].

Le jurisconsulte décide qu'elle a dès lors l'*actio in rem* pour réclamer ces objets si elle vient à en perdre la possession, et quoiqu'elle en ait acquis la possession par un acte coupable. La *litis æstimatio* vaut vente, dit-il [9].

L'action *in rem* dont parle ici Julien n'est certainement pas la revendication. Le mari, selon lui, reste propriétaire, puisqu'il admet que ce mari pourrait revendiquer et serait seulement repoussé par une exception [10].

Par conséquent l'action *in rem* accordée à la femme ne peut être que la Publicienne, donnée, on le sait, au défendeur condamné à payer la *litis æstimatio* [11].

Le second texte est une constitution de Sévère et Caracalla, de l'année 211, qui forme la L. 1. C., *De donationibus*, 8, 54 :

Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis, et ideo potes adversus donatorem IN REM ACTIONEM *exercere*.

La livraison des titres suffit pour opérer tradition [12]

6. L. 8, § 1, D., *Rerum amot.*, 25, 2.
7. Argument des mots : *Si amiserit possessionem* de la L. 22, D. 25, 2.
8. Arg. des mots : *qui litis æstimationem suffert* et *æstimationem præstiterit*.
9. *Sic* Ulpien, L. 7, § 1, D. *h. t.*
10. *Adversus vindicantem maritum, vel heredem mariti, exceptionem habet.*
11. Outre L. 7, § 1, D. *h. t.*, voyez L. 3, D., *Pro emptore*, 41, 4 et *supra*, nos 167 à 171.
12. La tradition des titres équivaut ici à la remise des esclaves eux-mêmes, parce que celui qui a les titres se fera obéir par les esclaves, ils le suivront : aux titres ils reconnaîtront leur maître, par conséquent la possession des titres assure la possibilité exclusive d'exercer un pouvoir physique sur ces esclaves,

des esclaves et pour parfaire la donation (sauf l'application de la loi Cincia si la valeur dépassait le taux fixé par cette loi). Le donataire a désormais l'*actio in rem*.

Or, cette *actio in rem* est nécessairement ici la Publicienne et non pas la revendication, car la tradition d'esclaves (choses *mancipi*) n'a pu faire acquérir au donataire que l'*in bonis* et non pas la propriété quiritaire.

Voici encore deux textes ou *actio in rem* signifie Publicienne ; il ne peut être question de la revendication parce qu'il s'agit de *res mancipi* (un *prædium* et des esclaves) vendues par un créancier hypothécaire qui ne saurait les manciper, mais qui en a fait tradition, ainsi d'ailleurs que les textes le constatent.

L. 13, C. *De dist. pign.* 8, 28.

Qui prædium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam IN REM ACTIONEM *habet.*

L. 15, *eod.*

Obligatis pignori mancipiis a creditore distractis ac traditis, si post debitor quondam hæc sollicitaverit, non venditori, sed emptori contra possidentem IN REM *competit* ACTIO.

Il est donc établi que déjà du temps de Julien la Publicienne était désignée par l'expression d'*actio in rem* ; que Septime Sévère prend aussi ces mots dans le même sens (L. 2, c. *de don.*) ; il est certain qu'Ulpien désigne ainsi la Publicienne dans deux textes, les L. 41 et 77, D., *De reiv.* 6, 1 ; Dioclétien suit cet exemple, L. L. 13 et 15, C. *De dist. pign.*, 8, 28.

C'était en effet l'*actio in rem* par excellence, de beaucoup la plus usitée entre toutes.

autrement dit assure leur possession. Il ne faudrait pas généraliser cette solution (comp. art. 1605 Code civil). Les textes romains ne la donnent que pour les esclaves, choses intelligentes et probablement pour le motif que nous venons d'indiquer.

Ce qui contribuait d'ailleurs à lui faire donner cette désignation, c'est que son nom *in extenso*, tel qu'il nous est révélé par la rubrique de notre titre au Digeste, c'était: *Publiciana in rem actio*, d'où il résultait qu'on pouvait indifféremment la désigner par l'une des deux abréviations suivantes : « *Publiciana* » tout court, ou « *in rem actio* » sans plus.

Par conséquent, lorsque nous trouverons cette expression dans les textes, nous serons autorisés à y reconnaître la Publicienne, nous n'aurons pas à en faire la preuve, puisqu'il est dès à présent démontré que cette manière de parler constitue le langage *usuel* des sources depuis Julien [12 *bis*].

Nous ne voulons pas dire par là que le mot *actio in rem* ne puisse signifier la revendication ; loin de là, mais il y a toujours plus de chances pour qu'il s'agisse de la Publicienne.

D'ailleurs, si l'on remarque, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, que la revendication elle-même se présentera le plus souvent en pratique sous la forme de la Publicienne, c'est-à-dire que le propriétaire a plus d'intérêt à demander la formule de l'action prétorienne, sauf à invoquer une réplique si on lui oppose l'exception d'une Publicienne égale, on comprendra que les jurisconsultes romains aient employé les mots *actio in rem* pour désigner deux actions qui, dans la pratique, arrivent à se confondre.

A plus forte raison l'expression *utilis vindicatio*, *uti-*

12 *bis*. Il serait d'ailleurs très possible que là où nous lisons : *actio in rem*, les jurisconsultes aient écrit: *Publiciana*. Les compilateurs, voyant qu'il s'agissait dans tous ces textes d'une acquisition *a domino*, et remarquant que de leur temps l'acquéreur *a domino* doit avoir la revendication, ont cru devoir remplacer le mot de Publicienne par une autre expression. Celle d'*actio in rem* convenait parfaitement, grâce à son sens large, pour indiquer la revendication de leur époque, puisque, sous le Bas-Empire, cette action est le résultat de la fusion de la Publicienne avec la revendication.

Mais nous n'avons pas besoin de recourir à cette hypothèse. Nous pouvons prendre les textes tels qu'ils sont.

lis in rem actio, conviennent parfaitement à la Publicienne, puisqu'elle n'est pas autre chose qu'une revendication fictice et par conséquent *utile*, par opposition à la revendication *directe* [13].

13. G., II, § 253; IV, §§ 38, 34, cbn. avec Ulpien, *Reg.*, 28, § 12. — L. 26, § 3, D., *De pactis dot.*, 23, 4. — L. 12, D., *Mandati*, 17, 1, cbn. avec L. 46, *in fine*, D., *De hered. instit*; 28, 5, — J., IV, 6, § 4, *verbis : non habet directam in rem actionem*, cbn. avec L. 47, § 1, D., *Neg. gest.*, 3, 5. — Voyez Accarias, II, nos 791 et 817.

CHAPITRE XIX.

De la prétendue Publicienne rescisoire.

231. 1° Système de M. Cuq : L'action rescisoire de l'usucapion découle indirectement de l'Edit Publicien. Cet Edit accordait une exception à celui dont le bien avait été usucapé par un absent, et qui avait réussi à reprendre possession de la chose. Plus tard, dans son Edit sur la restitution des majeurs, le Préteur, allant plus loin, accorda une action. Dans le § 5, Inst. IV, 6, il faut maintenir la leçon « *possessor* ». — Réfutation de ce système. — 232. Selon nous, le mot *possessor* est dû à une erreur de copiste, que la tournure de la phrase devait presque fatalement provoquer; il faut lire *petitor*. — 233. 2° Système de Huschke : L'action indiquée dans le § 5, Just. IV, 6, était une action spéciale inventée par le préteur Publicius en même temps et par le même Edit que la Publicienne ordinaire. Développements et réfutation. — 234. 3° Système de M. Accarias : L'action dont parlent les Institutes est donnée par le préteur après qu'il a prononcé en principe la restitution en entier. Cette action peut être la revendication ou la Publicienne; dans tous les cas elle contient une fiction rescisoire de l'usucapion du défendeur. Diverses observations. — 235. 4° Système de Lenel. Il s'agit d'une revendication rescisoire. — 236. 5° Système de Savigny et de Pellat. Il existe une revendication rescisoire, mais non une Publicienne rescisoire. La Publicienne ordinaire rescinde l'usucapion quand on refuse au défendeur l'exception *justi dominii*. — 237. 6° Système de Schulin ; il nie la revendication rescisoire, et la possibilité de refuser l'exception *justi dominii*, mais il admet contre cette exception une réplique rescisoire de l'usucapion ; la Publicienne ordinaire devient alors rescisoire. — 238. Résumé et conclusions : Il y a une revendication rescisoire de l'usucapion, elle ne s'appelle pas Publicienne. La Publicienne ordinaire rescinde l'usucapion lorsque le préteur refuse l'exception *justi dominii* ou insère une réplique rescisoire. — 239. *Quid* si le défendeur, sans invoquer l'usucapion, opposait l'exception d'une Publicienne égale?

231. — L'action rescisoire de l'usucapion dont il est

question au § 5, Inst. IV, 6 [1], portait-elle le nom de Publicienne ; y a-t-il un lien entre la Publicienne ordinaire dont Justinien nous parle au § 4, et cette action rescisoire ?

Comment expliquer les textes qui nous parlent de Publicienne donnée *rescissa usucapione* [2] ?

Il y a sur ce point des doctrines très divergentes.

1° Système de M. Cuq.

Le rapprochement que font les Institutes entre la Publicienne et l'action réelle rescisoire de l'usucapion n'est pas fortuit. Il existe entre les deux actions un intermédiaire contenu dans l'Edit publicien lui-même, c'est par cet intermédiaire que l'action rescisoire découle de la Publicienne ; elle en dérive donc, sinon immédiatement, du moins médiatement [3].

Cet intermédiaire aurait été une exception rescisoire de l'usucapion, accordée par l'Edit publicien à celui que l'absence forcée du possesseur avait empêché d'agir en temps utile.

Lorsque, depuis l'accomplissement de l'usucapion, l'ancien propriétaire avait recouvré la possession de sa chose et qu'il était poursuivi par l'*usucapiens* de retour à Rome, alors, d'après l'auteur cité, il pouvait oposer une exception.

Cette exception aurait été conçue en ces termes :

« *Si inter illud tempus res usucapta non est.* »

1. *Rursus ex diverso, si quis, cum Reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor Reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam et aliis, simili æquitate motus, Prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectorum volumine intelligere licet.*

2. L. 35, pr. D., *De Obl. et Act.* 44, 7 : *Item Publiciana quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra jus civile datur.*

3. Cuq, *Nouvelle Revue historique*, 1877, p. 635 et s.

D'après M. Cuq, le préteur n'aurait pas tout d'abord osé aller plus loin.

Plus tard, cette seconde disposition de l'Edit publicien fut généralisée par l'Edit sur l'*in integrum restitutio* des majeurs de vingt-cinq ans. Au lieu d'accorder seulement une exception rescisoire de l'usucapion, le préteur donna une action contre l'absent de retour à Rome. Cette action put être intentée même quand l'absence n'avait pas de cause légitime.

Si le préteur n'avait d'abord songé qu'aux cas d'absence forcée, dit M. Cuq, c'est qu'alors le propriétaire était dans l'impossibilité absolue de faire valoir son droit, tandis que dans les autres cas il se trouvait en présence d'une difficulté qui, à la rigueur, pouvait être surmontée [4].

A l'appui de sa doctrine, M. Cuq invoque le § 3, Inst. IV, 6 :

Ecce plerumque permittit (prætor) *in rem agere*, *ut*

4. Comment cette difficulté aurait-elle pu être surmontée ? Pour ma part, je ne le vois pas. Peut-être M. Cuq veut-il dire qu'on pourra interrompre l'usucapion d'un individu absent pour d'autres causes que la captivité ou le service de l'État, en se faisant envoyer en possession de la chose litigieuse, tandis qu'on ne pourrait pas se faire envoyer en possession des biens d'un absent pour le service de la République, L. 7, § 17, D., *Quib. ex causis in pos. eatur*, 42, 4 : *Si fundum quem petere volo Titius possideat, neque absens defendatur, commodius se existimare in fundi possessione mittendum, quam bona ejus possideri.* Mais ce texte ne distingue pas selon la cause de l'absence, par conséquent il faut décider que, même si le possesseur était absent pour le service de la République, le demandeur pouvait se faire donner la possession de la chose litigieuse, ce qui interrompait l'usucapion, ainsi qu'il résulte de la L. 23, § 4, D. *Ex quib. causis maj.*, 4, 6. — D'ailleurs il est certain que les créanciers d'un individu absent pour le service de l'État pouvaient se faire envoyer en possession de ses biens ; il leur était seulement interdit de les vendre avant son retour, L. 6, § 1, D. *Quibus ex causis*, 42, 4.

Si les Institutes ne parlent que de deux cas d'absence, c'est à mon gré parce que ces deux cas étaient spécialement prévus par l'Edit, L. 1, D., 4, 6. A la vérité l'Edit ne mentionnait ces causes légitimes d'absence que lorsqu'il s'agissait de l'absence du propriétaire. En cas d'absence du possesseur, l'Edit ne distinguait pas suivant la cause de cette absence. Nous tâcherons d'expliquer (*infra*, note 17), pourquoi les rédacteurs des Institutes ont mieux aimé parler du cas d'absence du possesseur. L'usucapion est rescindée *même* dans ces cas, et *a fortiori* dans ceux où l'absence du possesseur avait une cause moins légitime.

vel actor diceret se quasi usucepisse quod usu non ceperit, vel ex diverso POSSESSOR *diceret adversarium suum usu non cepisse quod usuceperit.*

Cette phrase ne peut se comprendre, dit M. Cuq, qu'en supposant l'ancien propriétaire défendeur à l'action (*possessor*) ; alors, par le moyen d'une exception, *possessor dicebat adversarium suum usu non cepisse quod usuceperit.* L'auteur cité ajoute :

« Ainsi s'explique notre § 3, qui, dans l'ouvrage au-» quel il a été emprunté, devait être conçu en ces ter-» mes : « *Permittit in rem agere vel excipere ut...* ». » Comme au temps de Justinien ce n'était plus seule-» ment une exception, mais une action que l'on donnait » contre l'absent, on a supprimé les mots « *vel exci-» pere* » et transformé maladroitement le passage cor-» respondant au § 5. »

Beaucoup d'éditions mettent « *possessorem* » à la place de « *possessor.* » Le sens alors serait : « ou qu'à l'inverse il (le demandeur) dise que le défendeur, son adversaire, n'a pas usucapé ce qu'il a réellement usucapé. »

M. Cuq maintient la leçon « *possessor* » donnée par les plus anciens manuscrits et par l'*Epitome juris civilis*, œuvre d'un des premiers maîtres de l'école bolonaise, et composée vers le milieu du douzième siècle ; la variante « *possessorem* » se trouve pour la première fois dans l'édition de Ferret (Lyon, 1543) et dans le commentaire de Baudouin (Paris, 1545); elle fut adoptée par Cujas, qui invoqua à l'appui le § 5 des Institutes, *h. t.* et la paraphrase de Théophile.

Ces témoignages militent, en effet, contre la leçon « *possessor* ». Dans les §§ 4 et 5, Justinien développe les deux exemples signalés à la fin du § 3 ; le premier c'est celui de la Publicienne ordinaire, action dans laquelle on suppose accomplie, au profit du

demandeur une usucapion non encore terminée ; le second cas est celui où *le demandeur* dont le bien a été usucapé par un absent, intente une action dans laquelle on suppose au contraire non accomplie une usucapion déjà réalisée.

Puisqu'il s'agit du demandeur, le mot « *possessor* » ne se comprend pas.

Quant au témoignage de Théophile, sa précision ne laisse rien à désirer (trad. Reitz) : *Aut e contrario adversus eum qui rem meam usucepit ac possidet, agere possum et dicere : si paret eam rem meam esse, quasi eam adversarius meus non usuceperit* [5].

Ainsi, d'après Théophile, l'un des rédacteurs des Institutes, la seconde hypothèse prévue par le § 3 est bien celle que développe le § 5, à savoir un cas où l'ancien propriétaire *revendique*, se porte *demandeur* contre celui qui a usucapé étant absent.

Par conséquent il ne s'agit point d'un cas où l'ancien propriétaire serait défendeur.

M. Cuq ne se dissimule pas la gravité de ces deux témoignages concordants. Cependant, selon lui, il serait probable que Théophile a composé sa paraphrase avant la publication officielle des Institutes, et alors que le texte n'en était pas encore définitivement arrêté [6], ce qui, selon M. Cuq, diminue beaucoup l'autorité de la paraphrase.

Pour apprécier la valeur de cette observation, il faut la préciser. La pensée de notre savant collègue ne peut

5. Plus exactement, d'après la nouvelle édition de la paraphrase (*Institutionum græca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, par Ferrini, professeur à Pavie, Berlin, 1883, 1884, en cours de publication. Ferrini, note critiche al libro IV dello Pseudo-Theofilo. Nota letta al R. Istit. Lomb. 11 dicembre 1884, p. 6) :

ὡσανεὶ μὴ usucapiteusen ὁ ἀντίδικος τὸ ἐμόν πρᾶγμα, εἰ εἴδει τοῦτο τῆς ἐμῆς εἶναι δεσποτείας : c. à. d. : *Si rem meam adrersarius non usucepisset, tum si hanc rem meam esse oporteret.*

6. Cuq, *op. cit.* p. 648.

être autre que celle-ci : dans la rédaction que Théophile a eue sous les yeux, la seconde hypothèse prévue par la fin du § 3 était bien celle où l'ancien propriétaire intente une action contre l'*usucapiens*; dans la rédaction définitive au contraire, l'ancien propriétaire est considéré comme défendeur (*possessor*).

Mais alors pourquoi cette première rédaction du § 3 aurait-elle été abandonnée pour en prendre une autre qui met ce paragraphe en contradiction avec le § 5?

Nous ne pouvons le comprendre !

Admettons pour un instant, avec M. Cuq, que ce § 3, a été copié sur un ouvrage ancien et que cet ouvrage portait : « *permittit in rem agere vel* EXCIPERE *ut...* »

Théophile, ou les autres rédacteurs, auraient, dans une première rédaction, supprimé toute trace de cette *exception* : à la place, ils auraient parlé d'une *action* intentée par l'ancien propriétaire, en sorte que le § 3 se trouvait en harmonie parfaite avec le § 5.

Là-dessus Théophile compose sa paraphrase.

Puis, dans la rédaction définitive, on brouille tout, on abandonne la correction très motivée de la première rédaction, et, revenant partiellement au texte de l'ancien jurisconsulte, on met au § 3 ce mot « *possessor* » qui fait la difficulté.

Voilà au fond à quoi aboutit, quand on la serre de près, l'ingénieuse explication de notre savant collègue de Bordeaux.

Tout cela n'est guère vraisemblable. Si le mot « *possessor* » ne figurait pas dans le projet de rédaction que Théophile a eu sous les yeux, on ne voit pas du tout pourquoi on l'aurait rétabli, pour tout embrouiller, dans la rédaction définitive.

Mais poursuivons :

D'après M. Cuq, le texte du § 3 aurait été emprunté à l'un des ouvrages qui ont servi à composer

les Institutes; on y lisait :... *permittit in rem agere*, VEL EXCIPERE *ut*...

« Comme au temps de Justinien », dit M. Cuq, « ce » n'était plus seulement une exception, mais une action » que l'on donnait contre l'absent, on a supprimé les » mots *vel excipere*.... [7]. »

Mais ce n'est pas seulement au temps de Justinien, c'est depuis la publication de l'Edit sur la restitution des majeurs, que l'on donne *une action* et non plus seulement une *exception* contre l'absent; par conséquent, si un jurisconsulte a jamais dit du Préteur : *permettit in rem agere*, VEL EXCIPERE *ut*, etc., ce jurisconsulte est nécessairement antérieur à l'Edit sur la restitution des majeurs, Edit qui ne parle pas d'*exception*, mais donne une *action* contre les absents et à leur profit.

Ce jurisconsulte, s'il a existé, doit être fort ancien. L'Edit sur la restitution des majeurs est bien antérieur à Labéon, puisqu'il a été commenté par lui [8]. Labéon est cité sept fois dans le titre du Digeste consacré à cette matière. L'Edit est donc antérieur à l'empire, peut-être remonte-t-il au sixième siècle de Rome [9]. Les Institutes ont été composées de matériaux bien postérieurs en date ; il est absolument invraisemblable que les rédacteurs de ce livre aient copié, au § 3, l'ouvrage d'un jurisconsulte, non seulement antérieur à l'empire [10], mais encore à l'Edit sur la restitution pour cause d'absence, ce qui nous ferait remonter bien haut, plus haut peut-être que Caton l'ancien.

7. *Op. cit.* p. 653.
8. Voyez L. 9, *in fine*, L. 13, L. 17, *in fine*, L. 26, § 4, § 6, L. 28, § 3, § 4 D., *Ex quibus causis majores*, IV, 6.
9. Buchardi, *Die Lehre v. d. Wiedereinsetz.*, § 12, p. 153 et s. cité par Huschke, pense qu'il existe dans Térence, mort en 594, une allusion à cet édit : Térence, *Phormio*, II, 4, 9 et s. : *Mihi sic hoc videtur : quod te absente hic filius egit, restitui in integrum æquum est et bonum, et id impetrabis.*
10. Même au Digeste, il n'y a, on le sait, que de rares fragments de jurisconsultes de l'époque républicaine (Q. Mucius Scævola, fr. 4). Alfenus Varus appartient à l'époque d'Auguste.

Enfin, il nous semble que le préteur n'aurait pas accordé une protection sérieuse au propriétaire en lui permettant seulement de repousser par une exception l'action en revendication de l'absent qui a usucapé. Cela suppose en effet que l'ancien propriétaire a repris possession après l'usucapion terminée.

Il est fâcheux qu'il n'ait pas repris possession un peu plus tôt; il interrompait l'usucapion! L'absence de l'*usucapiens* lui facilitait, semble-t-il, cette reprise. Pourquoi a-t-il attendu l'achèvement de l'usucapion?

Donner une exception, dont il n'a que faire, à celui qui voit sous ses yeux usucaper son bien, et qui brûle d'en reprendre possession, à celui à qui il faudrait au contraire un moyen d'attaque, n'est-ce pas une amère ironie?

En tous cas cela paraît bien peu pratique.

232. — Mais puisqu'on admet des variations dans le texte de notre § 3, des inexactitudes de rédaction [11], des négligences, très fréquentes dans un ouvrage rapidement composé, il est bien plus simple de croire qu'un copiste, par un *lapsus* facile à expliquer, a écrit *possessor* au lieu de *petitor* à la fin de notre § 3; et de lire ainsi le texte :

Ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod usu non ceperit, vel ex diverso PETITOR *diceret adversarium suum usu non cepisse quod usucuperit.*

Ou bien encore les compilateurs avaient mis tout simplement : *vel ex diverso diceret...* verbe dont le sujet est le mot *actor* de la phrase précédente. Le correcteur ou le copiste, entraînés par l'antithèse que contient la phrase, après avoir écrit : « *ut vel actor diceret.....* » a été induit d'une manière très naturelle et pour ainsi dire forcée, à continuer en ces termes :

11. Cuq., *op. cit.* p. 653.

« *vel ex diverso possessor diceret...* », « *possessor* » formant ainsi l'antithèse de « *actor* ».

Quand on a dit : *vel actor...* on est tenté de mettre après : *vel ex diverso possessor*, faisant porter l'antithèse sur les mots *actor*, *possessor*, tandis qu'en réalité elle porte sur la différence du langage que tient le *demandeur* dans la Publicienne et dans l'action rescisoire de l'usucapion : dans l'une il dit avoir usucapé, dans l'autre il dit : mon adversaire n'a pas usucapé.

Selon nous, le mot *possessor* ne figurait point dans la rédaction officielle; il y avait *petitor*, ou il n'y avait rien. Cela est prouvé, tant par le teneur du § 5, que par le témoignage de Théophile.

Allons plus loin, quand bien même on retrouverait le manuscrit original, l'archétype des Institutes, l'exemplaire officiel; quand bien même on y lirait le mot « *possessor* », nous n'hésiterions pas à penser qu'il y a là un *lapsus* du rédacteur.

Que celui d'entre nous qui n'a jamais écrit *défendeur* pour *demandeur*, ou qui n'a jamais laissé passer, en corrigeant des épreuves, cette faute typographique, lui jette la première pierre!

Si nous lisons *petitor* à la place de *possessor*, ou si nous retranchons tout simplement ce mot, nous nous trouvons en face d'une rédaction correcte et sans redondance, bien préférable en tous cas à la leçon ordinaire des éditeurs : *possessorem diceret adversarium suum*. Toute antinomie avec le § 5, toute contradiction avec la paraphrase de Théophile se trouvent dès lors écartées.

Il nous paraît plus sûr d'admettre ici un *lapsus* que la tournure de la phrase invitait presque infailliblement à commettre, que de bâtir sur une base trop fragile des conjectures qui perdent toute vraisemblance quand on les examine de près.

233. — 2° Système de Huschke [12]. Cet auteur soutient que l'action rescisoire de l'usucapion dont il est question au § 5 des Institutes, était une action spéciale inventée par le préteur Publicius, *en même temps que la Publicienne ordinaire*, au profit exclusif du propriétaire dont le bien avait été usucapé par un individu absent pour le service de la République ou captif chez l'ennemi.

De même que le *verus dominus* est protégé par l'exception *justi dominii* contre une fiction d'usucapion, de même il sera protégé par une action contre une usucapion accomplie, mais inique.

Dans certains cas le préteur juge équitable de supposer accomplie une usucapion qui ne l'est pas; l'équité peut exiger aussi qu'une usucapion accomplie soit réputée ne pas l'avoir été.

La première idée mène à la seconde.

Dans la Publicienne ordinaire, le préteur sanctionne par une action le droit de l'*usucapiens* qui n'a pu sauvegarder sa propriété virtuelle en conservant assez longtemps la possession.

Cette protection, le préteur l'étendra *a fortiori* au propriétaire qui n'a pu sauvegarder sa propriété par suite de l'absence de son adversaire [13].

A notre gré, Huschke montre ainsi la *possibilité* de l'invention d'une action rescisoire de l'usucapion par le préteur Publicius. Mais une possibilité n'est pas une réalité; sans compter qu'il sera malaisé d'expliquer pourquoi l'action était restreinte au cas d'usucapion accomplie par suite de l'absence du possesseur, et

12. *Op. cit.* p. 101-113.

13. Restitution proposée par Huschke:

Qui cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usucepit, contra eum, si reversus eam rem possideat, rescissa usucapione (ou *perinde ac si ea res usucapta non esset*), *intra annum quo experiundi potestas erit, ei cujus res fuerit judicium dabo.*

seulement si cette absence résultait d'une des deux causes indiquées par les Institutes.

Mais poursuivons :

Huschke s'efforce de prouver l'existence réelle d'une Publicienne rescisoire par deux arguments de texte. Il invoque d'abord la fin du § 4 des Institutes : *quæ actio Publiciana appellatur* etc., passage qui, dans sa pensée, se rapporterait aux deux actions fictices dont il est question à la fin du § 3 (l'une qui feint l'usucapion, l'autre qui feint son non-accomplissement) et non pas seulement à la Publicienne ordinaire dont il est question dans ce paragraphe 4.

C'est faire dire au texte ce qu'il ne dit point. Il ne donne le nom de Publicienne qu'à l'action fictice de l'usucapion ; si les rédacteurs avaient voulu appliquer aussi ce nom à l'action rescisoire, ils auraient parlé au pluriel et dit, soit au § 3, avant d'entrer dans le détail de ces actions, soit au § 5, après les avoir expliquées toutes les deux : *quæ actiones publicianæ appellantur, quoniam primum a Publicio prætore in Edicto propositæ sunt*, ou : *quod genus actionis Publiciana appellatur, quoniam* etc.

Le second argument est tiré de la loi 35 pr. D., *De obl. et act.*, 44, 7 [14].

Mais le texte ne dit pas du tout qu'il y a une Publicienne rescisoire de l'usucapion et distincte par conséquent de la Publicienne ordinaire. Paul ne parle pas d'une Publicienne distincte ; il ne dit pas : *sed* QUÆ *rescissa usucapione redditur*... mais bien : *sed* CUM *rescissa usucapione redditur*. Il s'agit donc d'une seule et même action, la Publicienne ordinaire qui, dans un cas donné, arrivera à rescinder l'usucapion. Ce cas, nous le

14. Paul mentionne la Publicienne parmi les actions prétoriennes perpétuelles : *item Publiciana quæ ad exemplum vindicationis datur*, SED CUM RESCISSA USUCAPIONE REDDITUR, *anno finitur, quia contra jus civile datur*. Voyez ci-dessus, Chapitre XVI, nº 215 et note 8.

connaissons, c'est lorsque le préteur refuse au défendeur qui a usucapé l'exception *justi dominii*. Nous avons d'ailleurs expliqué pourquoi l'action est annale dans ce cas-là [15].

Par conséquent le système de Huschke manque de base [16].

15. L. 57, D. *Mandati*, 17, 1. Voyez-ci dessus, Chapitre XVI, nos 213, 215 et notes 4 et 8.

16. Selon cet auteur il y avait 7 différences entre la Publicienne rescisoire et la restitution *in integrum* (par une *cognitio extraordinaria*) contre l'usucapion de l'absent (Huschke, p. 117 et s.). Bien qu'à nos yeux tout cela soit imaginaire, nous allons les préciser ici pour ceux des lecteurs qui voudraient connaître à fond ce système :

1° La Publicienne rescisoire résultait de l'Edit Publicien. et non de l'Edit sur la restitution des majeurs. Celui-ci est postérieur, car il emploie les expressions indirectes : « *si.... dicetur* » et non la forme directe plus ancienne de l'Edit Publicien : « *si quis... petet.* » Voyez sur l'antiquité relative des diverses parties de l'Edit : Dernburg, *Untersuchungen uber das Alter der einzelnen Satzungen des prætorischen Edicts*, dans Festgaben fur H. W. Hefter, Berlin 1873, particulièrement p. 119 et s.

2° Le Préteur n'avait donné l'action rescisoire que pour le cas d'absence du possesseur, et seulement quand cette absence avait les deux causes indiquées. — Mais pour quel motif le Préteur aurait-il restreint sa protection à ces deux cas ? Il ne nous a pas été possible de trouver dans l'auteur cité la réponse à cette question.

3° La Publicienne ne serait donnée que contre l'*usucapiens* lui-même et non contre les tiers acquéreurs Huschke invoque le texte des Institutes, qui suppose en effet l'action intentée contre l'*usucapiens* lui-même, mais ne prouve nullement qu'elle serait irrecevable contre les tiers. — On invoque encore la L. 30, D., *Ex quib. causis maj.*, 4, 6, où Paul, supposant la chose entre les mains de l'héritier de l'absent ou de sous-acquéreurs, parle de restitution et non pas d'action rescisoire. Mais pour nous la Publicienne avec refus de l'exception *justi dominii* constitue une véritable restitution, puisque ce refus a lieu *cognita causa* (voy. *supra*, Chapitre XVI, n° 213, note 4). Cette *causæ cognitio*, aboutissant au refus en question, opère manifestement la restitution. La restitution *in integrum* est un *résultat* qui peut s'obtenir par plusieurs moyens : le Préteur peut, ou bien connaître lui-même de toute l'affaire, ou bien se borner à constater l'existence de la cause de restitution et renvoyer le demandeur devant le juge pour vérification de l'existence du droit qu'il disait avoir perdu par suite d'absence. Par conséquent le texte de Paul ne prouve rien.

4° Suivant Huschke, la Publicienne rescisoire serait donnée alors même que l'absent aurait laissé un *procurator*, tandis que la restitution est refusée dans ce cas. L'auteur cité invoque L. 26, § 3, D., *Ex quib. causis*, 4, 6, où Ulpien, commentant le « *neque defenderetur* » de l'Edit, s'exprime ainsi: *Deinde adjecit*: NEQUE DEFENDERETUR : *quod ad omnes supra scriptos pertinet, præterquam ad eum qui absens quid usucepit, quoniam plene supra de eo cautum est.* Huschke pense que *supra* signifie: « dans l'Edit Publicien, » et qu'Ulpien indique par là que l'existence d'un *procurator* n'empêche pas la Publicienne rescisoire. Mais d'abord, dans la L. 26, § 3, citée, Ulpien veut dire seulement : Contre les personnes énumérées ci-dessus (celles qui étaient *in vinculis*, celles qui

234. — 3e Système. — Suivant M. Accarias § 948, l'action dont parlent les Institutes n'est qu'une de ces nombreuses actions rescisoires que l'on donne à la suite des restitutions en entier. Le préteur pourrait connaître seul de toute l'affaire et la trancher définitivement par une *cognitio extraordinaria.* Déjà, du temps de Callistrate, contemporain de Papinien, c'est ce qu'il faisait d'ordinaire, L. 2, D., *Ex quib. causis majores*, 4, 6.

se cachaient ou qui exerçaient une magistrature en sorte qu'on ne pouvait les assigner) la restitution n'est donnée qu'à la condition qu'on n'aura pu trouver personne acceptant de plaider pour elles : *neque defenderentur.* Ce « *neque defenderentur* » dit Ulpien, s'applique à toutes les personnes dont il a été question ci-dessus (*supra scriptos*) excepté l'absent qui a usucapé, parce que le préteur a déjà tout réglé à son égard dans la phrase précédente de l'Edit (*quoniam plene supra de eo cautum est*) ; à son égard le préteur a déjà exigé spécialement cette condition, à savoir que personne ne se rencontrât pour soutenir l'action à la place de l'absent. Ulpien fait ici allusion à la phrase précédente de l'Edit : *Si quis quid usu suum fecisset... cum absens non defenderetur.*

Et puis, pourquoi donner la Publicienne rescisoire quand le propriétaire pouvait assigner le *procurator* de l'absent ? D'ailleurs la L. 21 § 2, *eod.* déclare expressément qu'il faut, pour la rescision de l'usucapion, que l'absent n'ait pas laissé de *procurator*; cette disposition serait lettre morte si le propriétaire exclu de la restitution pouvait invoquer la Publicienne rescisoire.

5° Pour demander la restitution, vous auriez une année utile après le retour de l'absent. Cette restitution vous rendrait, pour faire valoir vos droits, un temps égal à la durée de l'absence, L. 26, §§ 7, 8, D., 4, 6.

Si vous intentez l'action rescisoire, au contraire, vous devez le faire dans le délai d'une année utile après le retour de l'absent. Instit. IV, 6, § 5 ; L. 35, D., *De Obl.*, 44, 7.

Mais alors la restitution, plus avantageuse, aurait absorbé l'action rescisoire, dont il ne serait plus question depuis l'édit sur la restitution.

Nous tombons décidément dans le domaine de l'imagination.

6° La Publicienne serait donnée sans restitution préalable. — Qu'entend-on par là ? Que, sans aucun examen le préteur donnera une formule rescisoire de l'usucapion, c. à. d. contenant une fiction par l'effet de laquelle l'usucapion est censée non accomplie ? Mais le seul fait d'octroyer une pareille formule constitue une restitution, L. 13, § 1, D., *De minoribus* 4, 4; donner l'action *quod metus causa*, c'est aussi restituer, arg. Paul Sent. I, 7, §§ 1, 4. ; L. 9, § 7, § 4, D., *Quod metus causa*, 4, 2. Le préteur aura d'ailleurs à examiner si l'on est encore dans le délai utile, par conséquent la différence que veut établir Huschke n'a, au fond, aucune portée.

7° Enfin Huschke n'applique qu'au cas où l'on a intenté la Publicienne rescisoire, la disposition de la L. 31, D., *Ex quib. causis majores*, 4, 6, d'après laquelle si l'ancien propriétaire reprend possession de la chose usucapée par l'absent, et qu'ensuite il en perde de nouveau possession, son action n'est plus temporaire mais perpétuelle. — Nous avons déjà expliqué ce texte, *supra*, Chapitre XVI, n° 215, note 8. Il suppose une reprise de possession spontanée. Autrement, il n'y aurait pas de question. S'il avait été jugé que l'absent n'a pas usucapé, dire que le propriétaire a désormais une action perpétuelle, ce serait énoncer une banalité.

Mais, avant Callistrate le préteur, s'il appréciait qu'il y avait lieu à restitution, au lieu de régler lui-même toute l'affaire, donnait au réclamant une action fictice par laquelle, dans notre cas, il ordonnait au juge de statuer comme si la chose n'eût pas été usucapée par l'absent.

Restait à savoir, en effet, si le réclamant était réellement propriétaire de la chose usucapée par l'absent; restait à déterminer les restitutions à opérer, le montant de la condamnation. Le préteur ménageait son temps en confiant au juge le soin de trancher ces questions. — L'action du § 5 n'est donc qu'une de ces actions rescisoires, et la fin du § le prouve, puisque Justinien ajoute que le préteur donne dans plusieurs autres cas des actions du même genre, par une raison d'équité analogue.

Maintenant, cette action rescisoire peut être, soit la revendication, si le réclamant était propriétaire quiritaire, soit la Publicienne, s'il n'avait que l'*in bonis* ou s'il n'était qu'un acheteur de bonne foi, ou enfin, si, quoique propriétaire quiritaire il préférait la Publicienne à la revendication à cause de la plus grande facilité de la preuve [17].

17. M. Accarias, t. 2, p. 1317, note 2, fait quatre reproches à Justinien : 1º Pourquoi Justinien suppose-t-il tout spécialement une personne absente pour le service de la République ou en captivité ? — Ce reproche est mérité, mais la faute est bien légère, car Justinien a soin d'ajouter que pareille action est donnée dans plusieurs autres cas. Les rédacteurs ont été entraînés à citer ces deux cas, parce que l'Edit (L. 1, D., 4,6), les mentionnait spécialement. Il est vrai que c'était pour le cas d'*absence du propriétaire*, les compilateurs ont fait une confusion. 2º Dans le droit de Justinien, l'usucapion peut être interrompue contre les absents par une protestation déposée aux mains de certains fonctionnaires, L. 2, C., *De annali exceptione*, 7, 40. — Sans doute, mais cette constitution est de l'année 530 ou 531, elle ne figurait donc pas au premier code, peut-être même n'était-elle pas encore promulguée lorsque les rédacteurs ont écrit le quatrième livre des Institutes. 3º L'auteur cité ajoute que Justinien eût beaucoup mieux fait de se placer dans le cas où c'est une personne présente qui usucape au détriment d'un individu absent *reipublicæ causa* ou captif. Je ne sais s'il eût mieux fait, car il paraît que depuis Dioclétien l'usucapion ou la *præscriptio longi temporis* ne courent pas contre les absents, et cela de plein droit, sans qu'il soit question de restitution. C'est peut-être pour ce motif

235. — 4°. Lenel soutient une doctrine analogue (*Edictum perpetuum*, p. 97, 98). Nous traduisons ici librement les intéressants développements qu'il donne à sa théorie :

« La formule de l'action, au témoignage de Justi- » nien, Inst. IV, 6, § 5, contenait une fiction en vertu de » laquelle l'usucapion était censée n'avoir pas été ac- » complie. Le motif de la restitution (ici l'absence du » possesseur) ne figurait pas dans la formule, le préteur » s'en réservait la connaissance [18]. Mais on discute sur » la teneur exacte de la formule. Rudorff (*Edicti per-* » *petui*, § 42) se trompe quand il propose : *Si Nus Nus* » *hominem, q. d. a., anno non possedisset.....*

» Il serait plus vraisemblable de supposer une ré- » daction, par laquelle on feindrait que le défendeur n'a » pas possédé pendant tout le temps de l'absence ; par » ex. : Si *Nus Nus hominem, q. d. a., inter Kal. Mart. et* » *Kal. Jul. non possedisset,* ou bien : *si is homo inter* » *Kal. Mart. et Kal. Jul. usucaptus non esset* [19].

» Mais ces fictions soulèvent encore des objections » sérieuses ; il faudrait admettre alors que le juge avait à » apprécier si, déduction faite de cet intervalle, le reste de » la possession du défendeur ne suffisait pas pour l'usuca- » pion... Mais, d'après les textes, cette question-là n'était » pas soumise au juge. Le préteur déterminait lui-même,

que Justinien a préféré supposer l'absence du possesseur. 4° Enfin M. Accarias remarque que le délai n'est plus d'une année utile, mais de quatre années continues. Cela est vrai, mais la Constit. qui le décide est de 531, et il est fort possible que la rédaction des Institutes fût déjà terminée à cette époque, bien qu'elles n'aient été promulguées qu'en 533. Sans doute on aurait dû remanier le texte des Institutes, mais, on le voit, la faute est excusable.

18. *Contra* Dernburg, *Festgaben f. Heffher* (1873) p. 121 et s. Il nous paraît certain que Lenel a raison sur ce point. L'Edit (L. 1, D., 4, 6) porte : *si quid cum* ABESSET, *deminutum esse dicetur ;* le fait de l'absence est donc constaté par le préteur ; ce que le juge aura à examiner, c'est la question de savoir si le demandeur a un droit, en supposant l'usucapion non accomplie. S'il n'était pas propriétaire, rien n'a pu être usucapé sur lui.

19. Telle est la restitution de Keller, Procédure des actions, note 347, et de quelques autres auteurs.

» non seulement combien il fallait retrancher de temps » à la possession du défendeur, mais encore combien de » jours restaient au défendeur pour exercer utilement » son action L. 26, § 7, § 8, D., 4, 6... Dans le cas de ce » texte le demandeur n'avait plus qu'un seul jour à par- » tir de la restitution prononcée par le préteur, pour in- » tenter son action en revendication. Mais s'il avait fait » litiscontestation dans ce délai, le juge devait condam- » ner le défendeur, encore qu'il se fût écoulé plus d'un an » depuis la cessation de l'absence et que par conséquent » l'usucapion eût eu le temps de s'accomplir depuis le » retour de l'absent. N'oublions pas en effet qu'on a une » année utile pour demander la restitution, et qu'une » année utile est bien plus longue que l'année continue » qui forme le délai de l'usucapion.

» Ainsi, puisque le préteur connaissait lui-même de » ces questions, la formule devait nécessairement se bor- » ner à supposer que la chose n'avait pas été usucapée : » *si homo, q. d. a., a N° N° usucaptus non sit.* Par con- » séquent le juge n'avait pas à se demander si la chose » avait été usucapée ou non pendant l'absence [19 bis], et, » quant au temps écoulé depuis le retour de l'absent, il » n'avait à s'en préoccuper que si le préteur lui avait » confié la mission de rechercher si la restitution en » entier avait été demandée dans le délai voulu, ce que » le préteur pouvait faire en insérant l'*exceptio an- » nalis* :

» *Si is homo, q. d. a., a N° N° usucaptus non esset, » tum si eum hominem ex jure quiritium A^i A^i esse » oporteret ; si non plus quam annus est, cum primum » de ea re experiundi potestas fuit, neque is homo » arbitrio tuo A° A° restituetur, q. e. r. e., t. p.* etc.

» Les Bysantins semblent avoir appelé cette action

19 *bis*. Voyez *supra*, note 5, la formule selon Théophile.

» la Publicienne rescisoire [20]. La loi 35, D., *De O. et A.*, » 44, 7. ne prouve nullement que cette qualification de » Publicienne remonte aux jurisconsultes classiques. » D'abord il serait difficile de comprendre qu'on eût » donné le même nom à l'action qui feint l'usucapion et » à celle qui en suppose le non-accomplissement ; en- » suite la L. 35, après avoir dit que la Publicienne or- » dinaire est une action perpétuelle, ajoute :

» *Sed quæ rescissa usucapione redditur, anno finitur,* » *quia contra jus civile datur*; par conséquent on doit » penser qu'il s'agit ici de la Publicienne ordinaire dont » il vient d'être question et non de notre action resci- » soire qui par sa nature constitue une revendication » *rescissa usucapione* [21]. »

L'auteur ne s'explique pas sur le point de savoir comment un propriétaire bonitaire, qui n'a pas la revendication, mais la Publicienne, devrait s'y prendre pour se faire rendre la chose usucapée. La formule proposée par Lenel ne lui servirait de rien.

236. — 5° Système de Savigny (trad. t. VII, p. 193 et s.) et de Pellat, p. 575 et s.

Ce système ne diffère du précédent que par une nuance. Si le réclamant demande la formule de la Publicienne, il ne sera pas toujours nécessaire qu'on ajoute à cette action une fiction rescisoire de l'usucapion. Pour réaliser la restitution, il suffit au préteur de refuser au défendeur l'exception *justi dominii*, ainsi que

20. Lenel met en note : Glosse bei Brisson de V. S. s. v. Publiciana. Voici l'opinion de Huschke, *op. cit.* note 192 sur cette glose : « Je considère comme sans aucune valeur le passage de Brisson que l'on cite quelquefois. Après avoir cité une glose grecque tirée d'un « Vetus Glossar. Græcum » il ajoute : *aliud Glossar. : Publiciana actio rescisoria datur ei cujus res, quum absens esset reipublicæ causa, vel apud hostes, usucapta est.* Brisson ne donne pas la qualification de « *vetus* » à ce glossaire, et cette œuvre paraît d'autant plus récente qu'elle contredit le § 5 des Institutes en supposant l'absence du propriétaire, tandis que les Institutes supposent l'absence du possesseur. »

21. Lenel cite ici Savigny, *System*, VII, p. 189 et Bekker, *Actionen*, II, p. 93, note 33.

le prouve la L. 57, *Mandati*, 17, 1 (*supra* Chapitre XVI, nos 213 et s.) Dans ce texte, la Publicienne donnée au marchand d'esclaves, c'est la Publicienne ordinaire, sans fiction rescisoire. Car, si la formule eût contenu une fiction rescisoire de l'usucapion, il n'eût pas pu être question d'insérer ou de ne pas insérer l'exception *justi dominii*. La circonstance que cette exception est donnée *causa cognita*, n'aurait plus eu le moindre intérêt. En définitive, on ne saurait contester sérieusement que dans ce texte la restitution s'opère par le seul refus de l'exception *justi dominii* [22].

Ainsi, le demandeur veut-il intenter la revendication, le préteur le restitue en entier par une formule fictice, dont la teneur a été donnée par Lenel (voyez *supra* n° 235) avec beaucoup de vraisemblance.

22. Ortolan n° 2080, note 4, n'admet point, malgré le témoignage décisif de la L. 57, *Mandati*, que le refus de l'exception *justi dominii* suffise pour restituer le demandeur. Mais ce n'est pas réfuter le texte que de dire : « Nous n'attribuons ce qui est dit de l'exception *justi dominii* dans la L. 57, qu'aux particularités de l'espèce. » Pour Ortolan, et malgré le texte, si la chose de l'absent a été usucapée, cet absent succomberait infailliblement s'il intentait la Publicienne ordinaire, sans modification de la formule. L'exception *justi dominii* ne serait pas nécessaire, dit l'éminent auteur, pour repousser une semblable Publicienne : le défendeur pourrait se borner à contester l'*intentio*. En effet, dit-il, on aura beau supposer l'usucapion fictive du demandeur accomplie en son temps, la conclusion de cette *intentio* « *tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret*, » ne se trouvera pas vérifiée, puisque le demandeur, même dans cette hypothèse, ne devrait pas être reconnu propriétaire, la propriété ayant passé depuis en d'autres mains. Il en est ici, ajoute Ortolan, de même qu'il en serait d'une *rei vindicatio* intentée par un ancien propriétaire, qui depuis aurait cessé de l'être.

Nous ferons observer tout d'abord que ce raisonnement se met résolument en insurrection contre le texte. Papinien n'admettait pas qu'on pût, autrement que par l'exception *justi dominii*, faire valoir une propriété acquise même postérieurement à la tradition qui fonde la Publicienne du demandeur. En second lieu, nous avons déjà remarqué plusieurs fois (nos 45, 90, note 8, 182 et note 71 bis, 209 et note 129, voyez aussi Chapitre XX, note 2) que l'année imaginaire de possession que feint la Publicienne, se place immédiatement avant la litiscontestation. Le juge se place nécessairement à ce moment, il doit alors supposer que le demandeur a possédé un an en remontant en arrière à partir de cette date. De cette façon, l'argument d'Ortolan disparaît, car, alors même que le défendeur eût usucapé la chose antérieurement, si l'on suppose que le demandeur a possédé la chose pendant toute l'année qui a précédé la litiscontestation, comme par hypothèse il avait un juste titre, c'est ce demandeur qui a usucapé *le dernier* et par conséquent c'est lui qui doit être considéré comme propriétaire.

Veut-il intenter la Publicienne, alors la restitution s'opère par le refus de l'exception *justi dominii*.

237. — 6° Système de Schulin (p. 124-144). Il diffère du précédent sur deux points.

1° Schulin ne croit pas à l'existence d'une revendication fictice du non-accomplissement de l'usucapion. Pour lui, c'était toujours la Publicienne que l'on intentait. Mais il peut arriver, nous l'avons vu au Chapitre XVIII, numéros 226, 228, qu'un propriétaire n'ait point la Publicienne. Comment faire alors? Schulin répond qu'il restait la ressource de la *cognitio extraordinaria ;* le préteur pouvait connaître de toute l'affaire sans renvoyer devant un juge (p. 136). En dehors de ce cas très rare, le préteur n'avait pas eu besoin d'intenter une action rescisoire spéciale, parce qu'il lui suffisait, dit Schulin, de donner la Publicienne en refusant l'exception *justi dominii* au défendeur, ou plutôt (car Schulin n'admet pas ce refus) en donnant au demandeur une réplique conçue de façon à briser l'exception *justi dominii* dans le cas où le défendeur aurait fondé cette exception sur une usucapion accomplie par suite d'absence.

Nous reconnaissons parfaitement que la Publicienne rescisoire, c'est-à-dire donnée sans exception *justi dominii*, sera intentée beaucoup plus fréquemment que la revendication rescisoire, par la même raison que la Publicienne est bien plus fréquente que la revendication [23]. Mais il n'en est pas moins vrai que l'existence d'une revendication rescisoire est établie de la manière la plus claire, non seulement par le § 5 des Institutes, mais encore par les textes du Code qui emploient l'expression de *vindicare* : L. 3, C. *De restit. mi-*

23. Voyez Chapitre XVIII *supra*. — C'est pour ce motif peut-être que les L. 35, D., *De Obl. et act.* 44, 7, et 57, *Mandati*. 17, 1, supposent qu'on intente la Publicienne et non la revendication.

lit. 2, 51 ; L. 5, C. *Ex quib. causis maj.*, 2, 54; L. 24, C. *De reiv.*, 3, 32; L. 18, C. *De post. rev.*, 8, 51. Ces deux derniers textes opposent la *directa vindicatio* à l'*actio rescisoria*, expression que l'on doit naturellement entendre d'une revendication donnée *rescissa usucapione.*

Schulin invoque encore la leçon *possessor* du § 3, Instit. IV, 6 [24] : *vel ex diverso possessor diceret adversarium suum usu non cepisse... Possessor*, dit-il, doit s'entendre de l'ancien *possesseur*, d'un individu qui base son action, non sur sa propriété, mais sur sa possession (de bonne foi) antérieure à l'usucapion par le défendeur. Cette action, dit Schulin, p. 141, ne peut être que la Publicienne.

Mais *possessor* (s'il n'y a pas là un *lapsus*, comme nous le pensons) est ici mis par antithèse à *petitor*, et par conséquent signifie défendeur. En tous cas, c'est forcer le sens que d'entendre par là autre chose que le possesseur actuel.

Nous ne pouvons donc suivre Schulin sur ce terrain, et nous admettons avec tous les autres auteurs l'existence d'une revendication rescisoire.

2° Voici le second point sur lequel ce système diffère du précédent. Schulin n'admet pas que l'exception *justi dominii* soit jamais refusée. Dans la L. 57, *Mandati* elle-même, le préteur l'insérera, mais en ajoutant au profit du demandeur une réplique conçue de façon à briser l'exception, dans le cas où le défendeur voudrait la baser sur une usucapion accomplie par suite d'absence.

Voici quelle aurait été la formule, d'après Schulin, p. 139.

Si quem hominem A^{us} A^{us} emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, d. q. a., ex jure quiritium ejus esse oporteret,

24. Voyez plus haut le système de M. Cuq.

Extra quam si is homo Nⁱ Nⁱ sit ex alia causa quam quod eum N^us N^us usucepit, cum A^us A^us negotiorum gerendorum causa in provincia abesset, neque plus quam annus est, cum primum de ea re experiendi potestas esset ;

Nisi is homo arbitratu tuo, etc.

Il y a quelque chose de très juste dans ce système. Souvent, il est vrai, pour restituer le demandeur, qui veut intenter la Publicienne, contre les effets d'une usucapion accomplie, on ne pourra avoir recours au refus de l'exception *justi dominii*. Le défendeur peut dire : je n'ai pas besoin d'invoquer l'usucapion accomplie pendant le temps de l'absence pour être propriétaire. Je suis propriétaire parce que j'ai acquis a *domino*, je n'invoque pas l'usucapion. Le refus de l'exception *justi dominii* serait ici injuste. Il faut seulement restreindre cette exception, en empêchant le défendeur d'invoquer comme cause de propriété l'usucapion que le préteur veut rescinder. La formule de Schulin est fort acceptable dans ce cas. Mais celle de Lenel, (voy. *supra* n° 235) ne convient pas moins.

Là où Schulin se trompe incontestablement, c'est quand il se refuse à admettre que dans le cas prévu par la L. 57 *Mandati*, il y ait refus pur et simple de l'exception *justi dominii*. Le texte ne présente aucune obscurité.

On se souvient qu'un marchand avait laissé à Rome des esclaves aux soins d'un mandataire. Celui-ci étant mort, ses héritiers, par ignorance, ont vendu ces esclaves à des acheteurs de bonne foi qui les ont usucapés. Le marchand de retour intente la Publicienne. De cet exposé de faits il résulte que les acquéreurs, qui invoquaient l'exception *justi dominii*, ne pouvaient baser leur propriété que sur l'usucapion ; le préteur qui voulait rescinder l'usucapion pouvait donc, sans injustice

leur refuser purement et simplement cette exception, et par ce moyen restituer le marchand contre l'usucapion.

238. — En résumé, nous concluons que lorsque le préteur voulait rescinder une usucapion il pouvait :

1° Soit connaître personnellement de toute l'affaire. Dès l'époque classique ce procédé est le seul usité en pratique.

2° Soit donner au réclamant la revendication en ajoutant à la formule une fiction destinée à rescinder l'usucapion. (Voyez plus haut, n° 235, la formule proposée par Lenel.)

3 Soit donner la Publicienne en refusant au défendeur l'exception *justi dominii* , lorsque ce défendeur ne peut baser ses prétentions à la propriété que sur l'usucapion. Autrement il faudrait, comme le soutient Schulin, insérer une réplique rescisoire de cette usucapion.

Dans ces deux derniers cas, si le défendeur soutient que le demandeur s'est adressé au préteur après le délai d'une année utile depuis le jour où il a pu agir, et si le préteur ne veut pas trancher lui-même cette question, il insérera au profit du défendeur l'*annalis exceptio*.

Donc, il y a eu une revendication rescisoire, c'est-à-dire ayant une formule fictice du non-accomplissement de l'usucapion. Il n'y a pas eu de Publicienne rescisoire, parce que la formule habituelle de cette action suffisait parfaitement à faire rescinder l'usucapion ; il suffisait de ne pas insérer l'exception *justi dominii*.

L'action à laquelle Justinien fait allusion aux §§ 3 et 5 des Institutes, IV, 6, est la revendication rescisoire.

239 — Reste une difficulté dont nous avons parlé *supra* n° 219, mais sur laquelle il n'est pas mauvais de revenir encore. Les défendeurs, dans le cas de la L. 57 *Mandati*, outre l'exception *justi dominii*, pouvaient

invoquer l'exception d'une Publicienne égale. Cette exception-là, on ne saurait la leur refuser après l'usucapion accomplie par eux, puisqu'on n'aurait pu la leur refuser avant. L'usucapion est non avenue, diront-ils, soit ! mais nous sommes des acheteurs de bonne foi, nous avons la Publicienne comme le marchand, et comme nous ne tenons pas la chose du même vendeur, nous devons être préférés en notre qualité de défendeurs : *melior causa est possidentis quam petentis.*

Cela serait très vrai si le marchand avait acquis *a non domino*, mais s'il peut prouver la propriété de son auteur, nous savons qu'il aura une réplique (*supra* Chapitre XVII), tirée de ce qu'il a acquis, lui, *a domino* ; ce serait la réplique *justi dominii*, si le marchand pouvait prouver sa propriété quiritaire, comme nous l'avons vu au même Chapitre XVII ; ce serait une réplique *in factum* : *Aut si Aus Aus a domino emerit*, si le marchand avait acquis les esclaves en question par la tradition seulement, et par conséquent s'il n'en avait que la propriété bonitaire.

Ainsi se résout aisément cette difficulté dont Pellat, p. 581, note 1 et Savigny, t. VII, *Beilage* 19, p. 308, ne donnaient pas, ce nous semble, une explication satisfaisante.

Dans l'espèce de la L. 57, on ne contestait pas sans doute que le marchand ne fût propriétaire, au moins bonitaire, des esclaves vendus, et c'est pourquoi le refus de l'exception *justi dominii* tranchait toute difficulté.

TROISIÈME PARTIE

Survie de la propriété prétorienne a la propriété civile — De la Publicienne de l'ancien propriétaire quiritaire en cas de perte involontaire de la propriété. — En cas d'aliénation volontaire sous condition résolutoire. — Caractère temporaire que présente la propriété prétorienne de l'acquéreur dans ce cas. — De la condition résolutoire dans les transferts de propriété en général, et en particulier dans les cas de donation et de vente. — De la revendication et de la Publicienne en droit français.

TITRE I.

Publicienne de l'ancien propriétaire en cas de perte involontaire de la propriété, ou d'aliénation extorquée par violence. — En principe, la propriété prétorienne survit, dans ces cas, a la perte de la propriété civile.

CHAPITRE XX

L'action publicienne ne cesse pas nécessairement de compéter à celui qui en a réuni les conditions, bien qu'il se soit produit des faits qui auraient entraîné pour lui la perte de la propriété civile, et par conséquent la perte de la revendication, s'il eût été propriétaire quiritaire — Application de cette idée au cas où la propriété a été perdue par suite d'une usucapion accomplie par un tiers. Ce dernier est forcé, dans ce cas, d'invoquer pour sa défense l'exception justi dominii.

240. — Introduction. — 241. La L. 57, D., *Mandati*, 17, 1, prouve, à n'en pas douter, que la Publicienne reste recevable, même si la chose a été usucapée par le défendeur. — 242. Objection: Il semble pourtant que la Publicienne soit ici irrecevable *de plano*, puisqu'en supposant même, suivant la

fiction de la formule, que le demandeur a usucapé, cela ne mène pas à le considérer comme *actuellement* propriétaire, si un autre a usucapé après lui. — 243. Réfutation. L'année imaginaire de possession, que suppose la formule, aboutit au jour même de la litiscontestation, et par conséquent c'est le demandeur qui est censé avoir usucapé le dernier; c'est donc lui que le juge considérera comme actuellement propriétaire. — 244. Cette solution doit-elle être généralisée et appliquée à tous les cas de perte involontaire de la propriété?

240. — La proposition qui sert de rubrique à ce chapitre, et que nous avons déjà énoncée au Chapitre I, en présentant un aperçu des principales questions de notre travail, a été développée avec un rare talent par Schulin, dans son ouvrage *Ueber einige Anwendungsfælle der Publiciana in rem actio*, et reprise dans un article de la *Kritische Vierteljahresschrift*, t. 18, p. 532, où il répond aux objections formulées par Huschke (*op. cit.* § 1, note 1) contre sa théorie.

Ce système nous paraît exact dans ses résultats, bien qu'à notre gré il y ait d'assez graves modifications à faire quant aux arguments sur lesquels on doit l'étayer.

A l'époque classique, cette idée, qui soulève d'assez fortes objections, semble d'ailleurs n'avoir pas triomphé sans luttes, du moins dans la plus hardie de ses applications (donations à cause de mort). D'ailleurs Ulpien lui-même, l'auteur de cette dernière extension, ne l'énonce pas comme une doctrine incontestable.

241. — Etudions tout d'abord en elle-même l'idée qui sert de base à ce système; nous examinerons ensuite les objections multiples et sérieuses que l'on peut formuler contre lui.

Lorsqu'une personne est propriétaire selon le droit civil, et jouit par conséquent de l'action en revendication en cas de dépossession, tout fait extinctif de son droit entraîne nécessairement l'extinction de son action. Par exemple, lorsqu'un tiers usucape ma chose, la base de mon action en revendication disparaît ; je ne puis plus dire : *rem meam esse ex jure quiritium.*

En est-il de même de la Publicienne, qui compète, nous le savons (Chap. XVIII), non seulement à l'acquéreur *a non domino* en voie d'usucaper et au propriétaire bonitaire, mais encore au propriétaire quiritaire lui-même, s'il réunit les conditions nécessaires pour intenter la Publicienne en cas de dépossession? Supposons qu'un tiers usucape la chose, la Publicienne que j'intenterais contre lui sera-t-elle *de plano* irrecevable, comme le serait en pareil cas la revendication, ou bien au contraire ma Publicienne restera-t-elle recevable, sauf à l'adversaire à invoquer quelque exception qui pourra rendre mon action inefficace?

Un texte [1] que nous avons déjà commenté aux Chapitres XVI et XIX, répond très clairement à cette question. On se rappelle l'hypothèse: un marchand partant pour la province, confie à un mandataire le soin de vendre les esclaves qu'il laisse à Rome. Le mandataire étant mort, son mandat se trouve révoqué, mais ses héritiers, par ignorance, vendent les esclaves, sans doute beaucoup au-dessous de leur valeur, et l'absence du marchand se prolongeant, les acheteurs acquièrent par usucapion la propriété quiritaire. A son retour, le marchand lésé intente contre eux la Publicienne : pour se défendre les acheteurs demandent au préteur d'insérer dans la formule l'exception *justi dominii*. Papinien décide que le magistrat doit refuser cette insertion : l'exception *justi dominii*, dit-il, s'accorde *cognita causa*, le préteur peut donc la refuser; c'est ce qu'il fera dans l'espèce, car ici de puissantes raisons d'équité militent en faveur du marchand. Ce dernier aura donc gain de cause, si l'exception n'est pas insérée, voilà le résultat très net consacré par le texte, et il importe fort peu que l'on donne le nom de resti-

1. L. 57, D. *Mandati*. 17. 1.

tution en entier à cette *cognitio causæ* qui aboutit au refus de l'exception, il n'en reste pas moins vrai qu'à défaut d'exception insérée, le demandeur triomphe.

Pourtant son action en revendication eût échoué en pareil cas !

Le texte prouve donc que la Publicienne subsiste au profit de celui qui en a une fois réuni les conditions, alors même que la chose a été usucapée par un tiers, depuis que le demandeur en a perdu la possession.

Et il n'y a pas à épiloguer ici sur la nature de l'action dont parle le texte. C'est bien de la Publicienne ordinaire qu'il s'agit et non pas d'une action rescisoire de l'usucapion.

Car, si la formule délivrée par le préteur avait ordonné au juge de considérer comme inexistante l'usucapion accomplie par le défendeur (action rescisoire), il eût été indifférent d'insérer ou de refuser l'exception *justi dominii*.

En effet, dans l'espèce prévue par la L. 57, le défendeur ne pouvait appuyer sa propriété que sur une seule cause : l'usucapion. Par conséquent, lorsque le juge en serait arrivé à l'examen de l'exception, il l'eût nécessairement déclarée mal fondée : le défendeur se prétend propriétaire en invoquant l'usucapion ; or le juge a reçu précisément pour mission, dans la première partie de la formule, de considérer cette usucapion comme non avenue, donc le défendeur, aux yeux du juge, n'a pas usucapé, donc il n'est pas propriétaire, donc son exception ne vaut rien.

On le voit, dans l'hypothèse où la Publicienne du texte serait une action rescisoire, il importerait peu d'insérer ou de refuser l'exception, le défendeur serait condamné dans tous les cas, et l'on ne comprendrait pas que le préteur se livrât à un examen approfondi, à une *causæ cognitio*, pour décider l'insertion ou le

refus de l'exception, puisque la question serait alors absolument oiseuse.

Il en serait de même si l'on supposait, arbitrairement du reste, que le préteur par une restitution *in integrum* préalable, avait brisé l'usucapion du défendeur; dans ce cas encore qu'importerait d'insérer ou de refuser l'*exceptio justi dominii?* Le préteur aurait par une *cognitio* mis l'usucapion à néant, il serait jugé *inter partes* que cette usucapion ne s'est pas accomplie; alors quel intérêt y aurait-il à accorder ou à refuser l'exception *justi dominii* au défendeur? Il ne justifiera point son exception si on l'insère, car encore un coup, il ne peut, dans l'espèce, la justifier qu'en se basant sur l'usucapion, et cette usucapion est d'ores et déjà jugée inexistante! On voit en outre que la *cognitio causæ* sur la question de savoir s'il faut insérer l'exception, ferait double emploi avec la *cognitio* par laquelle le Préteur aurait, au préalable, accordé au demandeur la restitution en entier.

Donc, il s'agit bien ici de la Publicienne ordinaire, il n'y a rien à ajouter au texte, et il reste démontré que notre action demeure recevable, alors même que la chose aurait été usucapée par un tiers depuis la dépossession; ce tiers défendeur devra faire insérer l'exception *justi dominii,* il ne saurait *de plano* faire repousser notre action.

242. — Ce résultat constaté, reste à l'expliquer, car il y a là, il faut le reconnaître, quelque chose qui choque au premier abord.

La formule de la Publicienne donne au juge la mission de constater si le demandeur *serait actuellement propriétaire*, en supposant qu'il eût possédé pendant le délai voulu : « *tum si eum hominem ejus ex jure quir. esse* OPORTERET. » Même en supposant ainsi l'usucapion accomplie au profit du demandeur, il n'en résulte pas

forcément que ce demandeur soit *actuellement* propriétaire. Depuis qu'il a (fictivement) accompli l'usucapion, la propriété a pu en effet passer à un autre, notamment par suite d'une nouvelle usucapion.

Il semble donc que le défendeur qui soutient avoir usucapé *postérieurement* au jour où le demandeur a rempli les conditions voulues pour la Publicienne, devrait pouvoir se défendre *de plano* et sans invoquer d'exception. J'admets, dira-t-il, que le demandeur ait usucapé, il n'en résulte pas qu'il soit *actuellement* propriétaire, car, depuis, à mon tour j'ai usucapé, et cela réellement, sans fiction. Donc le demandeur n'est pas *actuellement* propriétaire, donc il faut le débouter, car la formule ne dit pas : *tum si ejus esse* OPORTUISSET (au passé) mais... OPORTERET (au présent).

Comment se fait-il donc que le défendeur, pour être autorisé à présenter cette défense, soit obligé, la loi 57 le constate, de faire insérer dans la formule l'exception *justi dominii?*

243. — Telle est l'objection capitale à laquelle se heurte le système de Schulin, et à laquelle il n'a peut-être pas suffisamment répondu.

Fût-elle fondée en raison, elle ne pourrait à la vérité prévaloir contre le texte concluant de la loi 57, *Mandati;* il en résulterait seulement que les motifs de la solution donnée par Papinien nous échappent.

Nous croyons pourtant qu'on peut les deviner, et ici se révèle à un nouveau point de vue l'importance d'une observation que nous avons eu déjà l'occasion de faire plusieurs fois [2]. L'année imaginaire de possession, que la formule attribue fictivement au demandeur, se compte *en arrière* à partir de la litiscontestation. C'est à ce moment de la litiscontestation que le juge

2. *Supra*, nos 45, 90, note 8. 182, texte et note 71 *bis*, 209 texte et note 129, 236, note 22.

doit considérer le demandeur comme ayant possédé un an ou deux ans; cela résulte de la formule même, car le préteur dit au juge : « si (au moment où je parle) le demandeur avait possédé depuis un an » (*anno possedisset*).

Cette idée va nous expliquer aisément la solution de Papinien. Si l'on n'insère pas l'exception *justi dominii*, le juge est forcé de supposer que le marchand, demandeur en Publicienne, a possédé en vertu de son titre d'acquisition pendant toute *l'année qui précède l'action*.

Dès lors, peu importe que le défendeur ait usucapé antérieurement; cette usucapion se trouve nécessairement détruite par l'usucapion *postérieure* que l'on feint au profit du demandeur. Cette usucapion feinte du demandeur est d'ailleurs toujours plus récente que toute autre, puisqu'elle est censée s'être accomplie à l'instant de la *litis contestatio*, par la possession exercée pendant l'année qui a précédé cette *litis contestatio* !

De là résulte que la Publicienne donnée sans insertion d'exception, aboutit nécessairement à rescinder l'usucapion du défendeur [3], à la tenir pour non avenue; d'où la nécessité pour ce dernier de faire insérer l'exception *justi dominii*. Le juge doit feindre que le demandeur a possédé pendant l'année précédente, *excepté dans le cas où il reconnaîtrait que le défendeur est propriétaire;* dans ce cas la fiction tombe, et dès lors le demandeur succombe, car cette fiction seule pouvait le faire considérer comme *dominus*.

Ainsi s'explique que la Publicienne reste recevable malgré l'usucapion accomplie par le défendeur. On est

3. Intentée dans ces conditions, la Publicienne joue donc le rôle d'action rescisoire, et Dorothée lui donne ce nom dans sa Scholie sur la L. 57, *Mandati*, Basiliques 14, 1, 57.

donc d'accord, non seulement avec les textes, mais encore avec la logique, lorsqu'on affirme que la Publicienne n'est pas perdue de plein droit, dans des cas où la revendication s'évanouirait [4].

Nous adoptons donc sur ce point le système de Schulin, mais par des motifs quelque peu différents [5].

244. — Faut-il généraliser cette idée et l'appliquer à tous les cas où, comme dans l'hypothèse de l'usucapion, la perte de l'action en revendication se produit par un fait indépendant de la volonté du demandeur? Par exemple, en cas de spécification, de tableau peint sur la toile ou le bois d'autrui, d'arbre planté sur le sol d'autrui, nous aurons à examiner si l'ancien propriétaire qui a perdu la revendication, ne conserve pas la Publicienne, c'est-à-dire, en définitive, si la propriété prétorienne ne survit pas ici à la perte de la propriété civile ? Ne faudra-t-il pas ranger encore dans la même catégorie le cas d'aliénation extorquée par violence ?

4. Huschke allègue, en sens contraire, des textes montrant que les événements qui éteignent l'usufruit et l'action confessoire civile qui s'y rapporte, comme la *capitis deminutio*, le non usage, éteignent aussi l'action prétorienne correspondante (*publiciana de usufructu*) qui compète lorsque l'usufruit a été établi par la tradition, ou lorsqu'il a été constitué sur un fonds provincial; L. 1, pr. D. *Quib. modis ususf. am.*, 7, 4; comp. Frag. Vat. § 61 et L. 3, pr. D. *Si ususf. pet.*, 7, 6. — Il serait absurde, disent ces textes, qu'un usufruit *non jure constitutus* conférât à son titulaire un droit plus solide que l'usufruit constitué suivant les règles du droit civil. La difficulté naissait de ce que la Publicienne relative aux servitudes était probablement rédigée *in factum*, le juge n'ayant à constater que le fait de la constitution par tradition. Dans ces conditions, on aurait pu intenter efficacement cette action même après le délai du non usage, car on ne demande pas au juge si le demandeur *a* l'usufruit, cas auquel il aurait à examiner si cet usufruit constitué autrefois au profit de ce demandeur ne s'est pas éteint depuis lors; on lui demande seulement s'il y a eu tradition de l'usufruit. Il est probable qu'on évitait ce résultat choquant en insérant au profit du défendeur une exception portant sur le fait du non usage, ou sur celui de la *capitis deminutio*. De même, la Publicienne ordinaire donnerait gain de cause au demandeur, malgré l'usucapion du défendeur, si l'on n'avait pas soin d'insérer une exception au profit de ce dernier. Les textes cités par Huschke nous semblent donc plutôt confirmer qu'infirmer notre manière de voir, en ce qu'ils nous montrent que la rédaction particulière des actions prétoriennes aurait pu avoir pour résultat de les maintenir recevables, alors que les actions correspondantes du droit civil ne le seraient plus.

5. Le système de Schulin ne répond pas à l'objection très grave que nous avons exposée au n° 242.

Le violenté a perdu la revendication, mais il conservera la Publicienne; ici la perte a été volontaire, mais la volonté n'était pas libre, et le droit prétorien la tient pour non avenue. Ces questions feront l'objet des deux Chapitres suivants.

CHAPITRE XXI.

Autres cas où la Publicienne compète, et où par conséquent la propriété prétorienne n'est pas perdue, malgré l'acquisition de la propriété quiritaire par un tiers et par conséquent la perte de la revendication pour le demandeur. — Divers cas de perte involontaire de la propriété. — SECTION I. *Tableau peint sur le bois d'autrui.* — SECTION II. *Arbre planté sur le terrain d'autrui.* — SECTION III. *Spécification.* — SECTION IV. *Observations générales sur ces trois cas.*

SECTION I. — *Cas du tableau peint sur le bois d'autrui.*

245. — L. 9, § 2. D. *De adq. rer. dom.*, 41, 1. Action utile donnée au propriétaire de la planche contre le peintre. — 246. Cette action est réelle, c'est une revendication fictice. — 247. Elle n'est autre que la Publicienne; elle se heurte à l'exception *justi dominii* opposée par le peintre, qui est devenu propriétaire *lege*. — 248. Le jeu des actions et des exceptions explique alors très naturellement les solutions des textes, soit que le propriétaire de la planche intente la Publicienne, soit que le peintre intente la revendication, s'il ne possède pas. — Conséquences de ce qui précède, en ce qui touche la propriété prétorienne.

245. — Examinons tout d'abord le cas du tableau peint sur la planche d'autrui.

Trois textes (L. 9, § 2, D. *De adq. rer. dom.* 41, 1. — Gaius II, § 78. — J. II, 1, § 34) traitent cette question en termes à peu près identiques; nous ne reproduirons ici que la L. 9, § 2, D., 41, 1.

Gaius, lib. II rerum cottidianarum sive aureorum....

§ 2. *Sed non, uti literæ chartis membranisve cedunt, ita solent picturæ tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturæ cedere. Utique tamen conveniens est, domino tabularum adversus eum, qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturæ impensam exsolvat, alioquin nocebit ei doli mali exceptio, utique si bonæ fidei possessor fuerit, cui solverit. Adversus dominum vero tabularum, ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat, alioquin nocebit ei doli mali exceptio.*

Ainsi le peintre est propriétaire et pourrait revendiquer même contre l'ancien propriétaire de la planche, sauf à se voir repoussé par l'exception de dol, s'il n'offrait pas la valeur de la planche, car il commettrait un dol en invoquant son droit de propriété, si cela aboutissait à l'enrichir de la valeur de la planche au détriment de l'ancien propriétaire.

Si le peintre possède, on donne à l'ancien propriétaire de la planche une action utile par laquelle il triomphe de son adversaire, pourvu qu'il offre de payer la valeur de la peinture, autrement il se heurterait à l'exception de dol, comme prétendant s'enrichir sans cause de la valeur de la peinture. Mais le peintre, en lui offrant la valeur de la planche, peut le repousser. Toutefois, l'ancien propriétaire de la planche l'emporterait encore, sans avoir besoin d'indemniser le peintre, si celui-ci avait été de mauvaise foi.

Dans ce cas en effet, celui qui sciemment orne de peintures la planche d'autrui, est censé avoir voulu faire cadeau[1] de son travail, il n'y a donc pas de dol à ne point lui en offrir le prix[2].

1. Arg. Inst. II, 1, § 30.
2. De là résulte nécessairement que le peintre de mauvaise foi ne pourrait revendiquer utilement, même en offrant la valeur de la planche; car on peut toujours lui objecter que de deux choses l'une : ou bien il a commis un dol en

246. — Reste à déterminer la nature de l'action utile donnée au propriétaire du bois.

On admet généralement, et avec raison [3], qu'il s'agit d'une *utilis vindicatio*. — En effet Gaius, dans le texte reproduit ci-dessus, oppose cette action utile à la *rei vindicatio directa* qui compète au peintre Il s'agit donc d'une revendication utile, jouant le même rôle et soumise aux mêmes règles que la revendication directe, car nous la voyons repoussée par l'exception de dol, précisément dans les mêmes cas où cette exception fait échouer la revendication du *dominus*. Cette qualification de revendication utile entraîne nécessairement une modification de la formule habituelle de la revendication [4]; cette modification consiste en une fiction par le moyen de laquelle le demandeur, bien que n'étant pas propriétaire, triomphera comme s'il l'était.

Il s'agit donc d'une revendication fictice, comme dans le cas de l'arbre planté dans le terrain d'autrui [5]. L'ac-

peignant sur le bois d'autrui pour se l'approprier, ou bien il a entendu faire cadeau de sa peinture. Dans les deux cas l'exception de dol le repoussera. D'ailleurs, puisque l'ancien propriétaire de la planche peut la reprendre au peintre de mauvaise foi et sans rien lui payer, à plus forte raison peut-il la garder s'il la possède. *Contra* Accarias, § 261 *in fine*, note 2. — Le savant auteur décide que le peintre, même s'il a volé la planche, peut la garder, puisqu'il est propriétaire du tableau. L'action utile du propriétaire de la planche obligerait le peintre à choisir entre deux partis : ou garder le tableau et payer la valeur de la planche, ou restituer le tableau et se faire payer le prix de la peinture. — Mais, si le peintre est de mauvaise foi, il n'a droit à aucune indemnité, par conséquent dans ce cas, suivant l'auteur cité, l'action utile fera seulement obtenir la valeur de la planche. Ce résultat serait admissible, si l'action utile du propriétaire de la planche était une action *in personam*. Mais M. Accarias admet, comme nous, que c'est une revendication utile. Dès lors elle a nécessairement pour objet le tableau lui-même, ou sa valeur sans déduction, puisque le peintre de mauvaise foi n'a droit à aucune indemnité.

3. Voyez les autorités citées par Schulin, (*Ueber einige* etc., note 100) dont nous suivons ici la doctrine, du moins quant au résultat.

4. On n'explique rien en disant que la revendication est ici appelée utile parce qu'elle est donnée contrairement aux principes.— Du moment qu'on déclare en droit le peintre propriétaire, toute revendication échouera contre lui, puisque la formule pose au juge la question de savoir si le demandeur est propriétaire. Il ne suffit pas, à coup sûr, de donner une épithète à une action, et, si j'ose ainsi parler, de la *baptiser action utile*, pour la faire réussir là où elle doit échouer ; il faut de toute nécessité modifier sa formule.

5. Voyez plus bas, Section II. Pellat, p. 132, parlant de cette dernière action

tion n'est pas d'ailleurs rédigée *in factum*, le texte l'appellerait alors tout simplement *actio in factum*, comme dans le cas de *ferruminatio* (réunion de deux métaux à chaud, sans interposition de soudure : L. 23, § 5 D., *De reiv.*, 6, 1; Pellat, p. 211), elle aurait alors pour but unique le paiement d'une indemnité, et ne serait pas réelle.

247. — Ainsi l'action est une revendication fictice. Reste seulement à déterminer la nature de la fiction.

Il n'est pas impossible, à coup sûr, de construire une revendication fictice spéciale dans laquelle on imaginerait que la planche n'a pas été peinte, et qui pourrait être repoussée par l'exception de dol dans deux cas : 1° Si le propriétaire de la planche n'offrait pas en même temps la valeur de la peinture; 2° Même en face de cette offre, si de son côté le peintre de bonne foi offrait le prix de la planche.

Mais, si l'on se rappelle les habitudes romaines, cette *économie des moyens*, si bien mise en lumière par Jhering, cette répugnance à inventer des procédés nouveaux, alors que les anciens peuvent suffire; si l'on considère d'autre part que le texte parle tout simplement d'*utilis actio* sans autre désignation, on sera porté à penser qu'il ne s'agit pas ici d'une *utilis actio* spéciale, mais de l'*utilis actio* bien connue qui s'appelle la *Publicienne*, d'autant plus que la Publicienne s'oppose dans les textes [6] à la *rei vindicatio directa*, absolument comme la loi 9, § 2, reproduite plus haut, oppose l'*utilis actio* dont elle parle à la *vindicatio recta*.

Si la Publicienne ne cesse pas d'appartenir à celui

dit : Cette *utilis in rem actio* me paraît être une *actio in rem fictitia*, analogue à l'*actio publiciana rescissoria*, accordée au ci-devant propriétaire quand il a perdu la propriété par une usucapion que l'équité commande de considérer comme non avenue. — Rien de plus exact à notre gré; il s'agit dans tous ces cas d'une action réelle fictice, seulement cette action, c'est la Publicienne ordinaire; voyez ci-dessus, Chap. XVI, XIX, XXI.

6. Inst. IV, 6, § 4.

qui en réunissait les conditions, malgré qu'un tiers ait acquis la propriété par usucapion, ainsi qu'on l'a vu au Chapitre précédent, elle doit aussi subsister malgré que le peintre ait acquis *lege* la propriété de la planche, sauf à se heurter dans les deux cas à l'exception *justi dominii* du propriétaire actuel, c'est-à-dire de celui qui a usucapé, en cas d'usucapion, ou du peintre dans le cas de peinture faite de bonne foi sur le bois d'autrui[7].

Tout cela milite en faveur de l'idée qu'il s'agit ici de la Publicienne.

248. — En outre, avec la Publicienne, le jeu des actions entre le peintre et le propriétaire de la planche s'explique le plus naturellement du monde.

L'ancien propriétaire de la planche intente la Publicienne contre le peintre qui a travaillé de bonne foi, en lui offrant le prix de la peinture; celui-ci repousse l'action par l'exception *justi dominii*, mais, s'il n'offre pas en même temps la valeur de la planche, son exception sera brisée par la réplique de dol.

Que si l'artiste avait peint de mauvaise foi, le demandeur n'aurait pas besoin de lui offrir le prix de son travail; l'exception *justi dominii* serait alors toujours brisée par la réplique de dol, car il y a toujours dol à invoquer une propriété acquise par un dol, lequel dol consiste ici dans le fait de peindre sciemment sur le bois d'autrui, pour se l'approprier. Si ce n'est pas dans ce but coupable, c'est donc pour faire un cadeau au propriétaire de la planche, et alors il y a encore dol à vouloir garder la planche peinte.

Que si l'ancien propriétaire de la planche n'offrait

7. D'ailleurs, l'objet subsiste, il n'y a pas ici un objet nouveau, *species nova*, comme au cas de *spécification;* sans la loi qui attribue la propriété au peintre, la planche pourrait être revendiquée; elle n'est pas transformée à ce point de pouvoir être considérée comme *res extincta*.

pas de payer la peinture, l'artiste n'aurait pas besoin d'invoquer l'exception *justi dominii*, il opposerait tout simplement, comme le dit le texte, l'exception de dol contre laquelle, on le sait, la réplique de dol n'est pas admise.

Supposons maintenant le peintre demandeur et de bonne foi. Il revendique contre l'ancien propriétaire de la planche, et triomphe s'il lui en offre la valeur, autrement il se voit repoussé par l'exception de dol.

Le peintre de mauvaise foi serait toujours repoussé par cette exception, car, nous venons de le voir, en pareil cas il y a toujours dol de sa part à invoquer sa propriété. L'offre qu'il ferait de payer la valeur de la planche écarterait le dol qu'il commettrait en prétendant s'enrichir au détriment d'autrui, mais non pas celui qu'il commet en invoquant une propriété dolosivement acquise, s'il a entendu s'approprier la planche en peignant dessus, et qu'il commettrait encore en réclamant la planche s'il l'a ornée dans un but de libéralité. On ne saurait sortir de ce dilemme.

Il est donc tout au moins extrêmement probable que l'*utilis actio* dont parlent les trois textes que nous étudions ici n'est autre que la Publicienne.

En résumé, le droit civil forcé de choisir entre le propriétaire du bois et le peintre, donne la propriété du tableau à l'artiste.

Corrigeant cette rigueur, le préteur maintient la propriété aux mains du maître de la planche, toutes les fois que le peintre a été de mauvaise foi. Même si l'artiste a été de bonne foi, la propriété prétorienne subsiste au profit de celui à qui appartenait le bois, tant qu'on ne l'a pas indemnisé, de telle sorte qu'il peut réclamer le tableau, si on ne l'indemnise pas, à charge pourtant de payer le travail du peintre.

Section. II. — *Cas de l'arbre planté dans le terrain d'autrui.*

249. — Textes relatifs à ce cas, règles qu'ils consacrent. — 250. L'action utile donnée à l'ancien propriétaire de l'arbre ne peut être que la Publicienne. — 251. Le propriétaire du terrain oppose l'exception *justi dominii* et doit offrir la valeur de l'arbre, sans quoi son exception serait brisée par une réplique de dol. — 252. La Publicienne est recevable ici, quoique l'arbre nourri des sucs du terrain d'autrui soit un objet nouveau, parce que la Publicienne que l'on a pour un objet s'étend aux transformations de cet objet, (*supra* Chap. XIV); par conséquent la propriété prétorienne survit ici à la propriété civile, tant que le propriétaire n'est pas indemnisé.

249. — Il faut, croyons-nous, donner, avec Schulin [8], mais non par les mêmes motifs que lui, la même explication de l'*utilis in rem actio* attribuée à l'ancien propriétaire de l'arbre qui ayant été planté et ayant pris racine dans le terrain d'autrui, est devenu la propriété du maître de ce terrain.

Voici les textes relatifs à cette matière :

L. 5, § 3, D. *De reiv.*, 6, 1 :

Ulpianus libro 16 ad Edictum : *De arbore quæ in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva* UTILEM IN REM ACTIONEM *dabant*, *nam si nondum coaluit*, *mea esse non desinet.*

L. 9, § 2, D. *De damno infecto*, 39, 2 :

Nec arbor potest vindicari a te, *quæ translata in agrum meum*, *cum terra mea coaluit* (Ulpien)

L. 26, § 2, D. *De adq. rer. dom.*, 41, 1 :

Arbor radicitus eruta et in alio (agro) *posita*, *priusquam coaluerit, prioris domini est*; *ubi coaluit*, *agro cedit*; *et*, *si rursus eruta sit*, *non ad priorem dominum revertitur*, *nam credibile est alio terræ alimento aliam factam* [9].

8. *Ueber einige* etc., p. 89-99.

9. Ajoutez L. 7, § 3, L. 9, *pr.* D. *eod.* et Inst., II, 1, §§ 31, 32 : *Rationem enim non permittere ut alterius arbor esse intelligatur quam cujus in fundum radices egisset.* — *Plantæ quæ terra coalescunt, solo cedunt.*

Ainsi, lorsque l'arbre n'a pas encore pris racine, lorsqu'il ne s'est pas encore nourri des sucs de la terre, il n'y a point de mutation de la propriété civile, et la revendication compète au propriétaire du terrain dont l'arbre a été arraché.

Dans le cas contraire, l'arbre devient la propriété du propriétaire du sol où il été transplanté, si bien que, vînt-il à être déraciné, son ancien propriétaire ne pourrait le revendiquer.

Voilà les règles du *jus civile.*

Mais Ulpien, adoptant la doctrine enseignée bien avant lui par Nerva et Varus, donnait l'action réelle utile à cet ancien propriétaire.

250. — Cette action, cette revendication fictice [10], ne peut pas être une revendication avec la fiction que l'arbre n'a pas pris racine; cela nous mènerait en effet à un résultat peu raisonnable :

A quoi servirait d'avoir distingué suivant que l'arbre a pris ou non racine, si l'on devait aussitôt détruire cette distinction par une fiction ? D'ailleurs cette fiction aurait pour résultat d'enlever l'arbre au propriétaire du sol; tout au plus ce dernier pourrait-il opposer l'exception de dol, si le demandeur n'offrait pas de lui rembourser la plus value que l'arbre a acquise aux dépens du sol; mais en offrant cette indemnité l'ancien propriétaire de l'arbre pourrait toujours en obtenir la restitution. Alors à quoi bon en avoir attribué la propriété au maître du sol, si c'était pour la lui enlever ?

Enfin remarquons les expressions dont se sert Ulpien : « *Nerva et Varus dabant* » : ces jurisconsultes donnaient l'action réelle utile. Il s'agit donc d'une action réelle utile déjà *connue*, *usitée*, autrement, s'il s'agissait d'une formule à construire tout exprès, on ne di-

10. Pellat, p. 132; voyez ci-dessus, note 5.

rait pas que des jurisconsultes la *donnaient*. Les Prudents ne peuvent pas donner eux-mêmes une action fictice ou *in factum*, ils peuvent seulement exprimer l'avis que le préteur, qui seul peut créer une formule nouvelle de cette espèce, doit la donner [11].

251. — S'il s'agit d'une revendication utile *usitée*, *bien connue*, ce ne peut être que la Publicienne. Tout s'explique alors fort aisément :

L'ancien propriétaire de l'arbre intente la Publicienne qu'il n'a pas perdue, quoiqu'un tiers soit devenu propriétaire quiritaire, comme nous l'avons vu pour les cas d'usucapion et de peinture sur le bois d'autrui ;

Le maître du sol oppose l'exception *justi dominii* ; mais il doit avoir soin d'offrir la valeur qu'avait la plante au moment de la transplantation, sans quoi son exception serait brisée par une réplique de dol.

L'arbre lui reste, et l'ancien propriétaire est indemnisé ; tel est d'ailleurs le résultat que nos auteurs admettent généralement [12].

Ainsi l'*utilis actio in rem* ici donnée par Ulpien et par des jurisconsultes antérieurs ne peut guère être que la Publicienne.

252. — Cependant on pourrait formuler ici une objection qui ne se présentait point dans les deux cas précédents.

11. Exemple : L. 7, § 2, D. *De pactis*, 2, 14 : *Julianus scribit* : *in factum actionem* a Prætore *dandam*. — Il ne faut pas objecter que l'action *præscriptis verbis* est une création des Prudents. D'abord elle n'est ni fictice, ni *in factum*. Puis, donner cette action, c'est dire que si l'on rédige une formule en racontant d'abord les faits qui constituent ce qu'on appelle un contrat réel innommé, puis qu'on ajoute l'*intentio* bien connue des actions de bonne foi : « *Quidquid ob eam rem dare facereve opportet ex fide bona* », le juge ne doit pas hésiter à décider qu'une obligation civile est née des faits qui lui ont été exposés, et par suite à condamner le défendeur. Ce qu'il y avait à craindre ici, ce n'est pas que le préteur refusât de construire ainsi une formule, il s'y prêtait volontiers, mais on pouvait redouter que le juge ne vît pas dans les faits exposés la source d'une obligation civile.

12. Pellat, p. 132 : « Et le propriétaire du terrain devra, s'il n'aime mieux me rendre l'arbre, me payer une indemnité. » Accarias, § 258, note 3 *in fine*.

La chose, pourrait-on dire, est transformée, ce n'est plus le même arbre : « *alio terræ alimento aliam factam* », ce n'est plus l'arbre pour lequel vous réunissiez par hypothèse les conditions de la Publicienne, c'est un arbre différent. Cet arbre nouveau n'est pas celui que vous avez jadis acheté, dont vous avez reçu tradition[12 bis], donc votre Publicienne n'est pas fondée.

La réponse est aisée ; elle se tire des principes que nous avons exposés plus haut, Chapitre XIV.

Ce n'est pas l'arbre ancien que je réclame par la Publicienne, c'est l'arbre nouveau.

La tradition *ex justa causa* qui fondait ma Publicienne quant à l'arbre ancien, est étendue à l'arbre nouveau. Elle s'applique, nous l'avons vu, non seulement à la chose même qui en a été l'objet, mais encore à ses produits. L'enfant d'une *ancilla* est sans doute un objet tout à fait distinct de l'*ancilla* elle-même ; pourtant la tradition *ex justa causa* que j'ai reçue quant à la mère s'appliquera à l'enfant et justifiera la Publicienne que je pourrai intenter pour réclamer cet enfant.

A fortiori, la tradition *ex justa causa* que j'ai reçue relativement à une chose, continue-t-elle à s'appliquer à cette chose malgré les transformations qu'elle subit, dussent-elles en faire juridiquement une chose tout à fait nouvelle, tout à fait distincte de celle que j'ai achetée de bonne foi.

Par exemple, nous l'avons vu, si j'achète de bonne foi une maison, que j'en perde la possession, et que l'édifice vienne à être démoli, je pourrai sans aucun doute réclamer par la Publicienne les matériaux pro-

12 *bis*. Ou, ce qui revient au même, qui faisait partie du terrain que vous avez acheté et dont vous avez reçu tradition. On sait que la tradition *ex justa causa* reçue s'étend à toutes les parties qui pourraient être ultérieurement détachées de la chose livrée, voyez *supra*, n° 148.

venant de la démolition [13]. Ces matériaux sont pourtant des choses juridiquement très différentes de celle que j'ai achetée et dont j'ai reçu tradition. J'avais acheté un immeuble, et maintenant ce sont des meubles que je réclame.

De même ici, je demanderai par la Publicienne l'arbre nouveau, parce que, dès l'instant qu'on a la Publicienne pour une chose, on l'a aussi et nécessairement pour les produits ou transformations de cette chose, et alors même qu'on n'aurait jamais eu la possession de ces produits ou transformations (voyez ci-dessus n° 144).

En résumé, l'ancien propriétaire quiritaire de l'arbre en garde la propriété prétorienne tant qu'il n'est pas indemnisé par le propriétaire du sol. Le préteur n'a pas voulu admettre qu'il perdît cette propriété, si le maître du terrain, qui s'est enrichi de la valeur de l'arbre, ne désintéresse point le propriétaire de la plante. C'est que la propriété prétorienne, plus durable à ce point de vue que la propriété civile, survit aux transformations de l'objet, quand bien même elles l'auraient modifié au point d'en faire juridiquement une chose nouvelle.

Ceci nous mène à parler du cas de spécification.

13. Voyez plus haut Chapitre XIV, n° 148.

Section III. — *Cas de spécification.*

253. — Rappel des règles de ce sujet. — 254. L. 29, l. 30, D. *De don. inter.* 24, 1. L'action utile accordée au mari qui a donné (donation nulle) à sa femme de la laine dont celle-ci a fait des vêtements, ne peut être que la Publicienne. — 255. Elle se justifie par les motifs indiqués au nº 252 et au Chap. XIV : extension de la Publicienne aux transformations de la chose. Autrement dit, la propriété prétorienne ne se perd point nécessairement par la transformation de l'objet.

253. — Nous rencontrons encore ici une action utile qui doit être la Publicienne [14].

On sait que, suivant les Proculiens [15], le résultat de la spécification appartenait au spécificateur; les Sabiniens au contraire l'attribuaient au propriétaire de la matière modifiée par le travail.

Une opinion intermédiaire, que Gaius paraît suivre [16] et qui a triomphé, distinguait suivant que la matière pouvait ou non reprendre sa forme primitive : si oui, l'objet nouveau appartenait au maître de la matière ; si non, au spécificateur.

On sait que les vêtements, et notamment la toge des Romains, étaient faits de laine foulée, en sorte que si l'on a fait une toge avec la laine d'autrui, nous nous trouvons dans un cas où l'objet nouveau appartient au spécificateur, le vêtement ne pouvant pas être ramené à sa forme primitive de laine à l'état brut.

En tous cas, il est certain que telle était la solution de Paul [17], comme aussi celle de Pomponius et de Gaius,

14. Schulin, *op. cit.* p. 99 à 124. Nous suivons ici encore sa doctrine quant à la solution, non quant aux motifs.

15. Gaius, II, § 79.

16. L. 7, § 7, D. *De adq. rer. dom.* 41, 1.

17. L. 26, D. *De adq. rer. dom.*, 41, 1 : *Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret.* — Sur les divergences entre jurisconsultes romains sur la question de spécification, Schulin présente une intéressante dissertation, *Ueber einige* etc., p. 99-124.

ainsi qu'il résulte des L. 29, § 1 et 30, D. *De donationibus int. vir. et ux.*, 24, 1, qui vont être l'objet de notre étude :

254. — L. 29 : *Pomponius, libro XIV ad Sabinum : Si vir uxori lanam donavit, et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait;*

L. 30 : *Gaius, libro XI ad Edictum provinciale : Utilem tamen viro competere.*

On sait que les donations entre époux sont nulles. Le mari n'a donc pu transférer la propriété de la laine à sa femme, et celle-ci n'a pu devenir propriétaire que par la spécification.

Gaius admet aussi cette acquisition de propriété, puisqu'il ne donne pas au mari la revendication, mais bien une action utile dont il faut maintenant déterminer la nature.

Utilis ne peut pas vouloir dire ici une action *efficace*, dont la nature resterait indéterminée. Sans doute *utilis actio* peut dans certains cas avoir ce sens, mais non pas le mot *utilis* tout court; cette abréviation est l'indice d'une expression technique, et signifie par conséquent, non point d'une manière vague et générale une action efficace, mais une action *utile* dans le sens technique de cette expression.

D'un autre côté, il ne s'agit pas ici de l'action *in factum* que l'on donne probablement au propriétaire de la matière pour se faire indemniser par le spécificateur [18], car alors Gaius aurait dit tout simplement : *In factum tamen viro competere.*

Il ne peut donc être question que d'une *utilis in rem actio.*

D'une part, en effet, les compilateurs ont manifeste-

18. Arg. L. 23, § 5 *in fine*, D. *De reiv.* 6, 1, *verbis : Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.*

ment voulu établir entre la loi 29 et la L. 30 une antithèse indiquée par le mot *tamen*. Or, cette antithèse n'existe que si l'action utile est une action *in rem*. La femme est propriétaire, dit Pomponius : *malgré cela*, dit Gaius, le mari a une action utile. Il n'y aurait aucune antithèse s'il s'agissait d'une action personnelle, car être propriétaire et débiteur sont deux choses qui n'ont rien d'opposé l'un à l'autre ; au contraire, être passible d'une action réelle, quoique propriétaire, c'est une particularité qui mérite d'être relevée.

D'autre part, c'est aussi une *utilis in rem actio* que l'on donne à l'ancien propriétaire de l'arbre qui a pris racine dans le terrain d'autrui [19] et qui est ainsi devenu un autre arbre [20], par conséquent une chose nouvelle, absolument comme le vêtement confectionné est une chose nouvelle, une chose autre que la laine employée pour le faire.

Il y a donc, non pas seulement analogie, mais identité de situation, et s'il s'agit de la Publicienne dans un cas, il en sera de même dans l'autre [21].

D'ailleurs Gaius doit nécessairement avoir en vue une action bien connue, puisqu'il se contente de l'indi-

19. L. 5, § 3, D. *De reiv.* 6, 1, plus haut, Section II, n° 249.
20. L. 26, § 2, D. *De adq. rer. dom.* 41, 1 : « *aliam factam.* »
21. Les jurisconsultes romains reconnaissent une certaine connexité entre la situation juridique des fruits ou produits d'une chose et celle des transformations de cette chose (spécification par exemple). Dans la L. 4, §§ 19, 20. D. *De usurp.* 41, 3, Paul se demande si la furtivité de la chose s'étend aux fruits : *lana ovium furtivarum... agni ovium furtivarum;* immédiatement après, il se pose la question de savoir : *si ex lana furtiva vestimentum feceris, vestis furtiva erit?* — De même dans la L. 18, § 3, D. *De pign. act.* 13, 7, parlant de la clause : « *quæque ex silva facta natave sint, pignori sunto* » il met sur la même ligne la production des fruits et la spécification. — Au fond, celui dans le sol duquel l'arbre d'autrui a pris racine et s'est nourri, est un spécificateur qui a opéré par l'intermédiaire des sucs de son terrain. Le cultivateur, possesseur de bonne foi de l'immeuble d'autrui, n'est qu'un spécificateur qui, par son travail, a transformé en récoltes la terre, c. à. d. la matière d'autrui. Aussi primitivement ne lui donnait-on que les fruits industriels, L. 45, D. *De usuris*, 22, 1, et non pas les fruits naturels : *quia non ex facto ejus is fructus nascitur*.

quer d'un seul mot : « *utilem*, » sans rien ajouter qui la détermine plus nettement.

255. — Enfin la Publicienne se justifie ici par les mêmes raisons que dans les deux cas précédents.

La tradition *ex justa causa*, que l'on a reçue relativement à une chose et qui fonde la Publicienne, s'étend, Julien et Ulpien nous l'affirment[22], aux produits de cette chose : à combien plus forte raison ne s'appliquera-t-elle pas à cette chose même, malgré les transformations qui peuvent juridiquement en faire une chose nouvelle !

L'enfant d'une femme esclave est sans doute une chose plus distincte de l'*ancilla* sa mère, que le vêtement n'est distinct de la laine qui le compose !

Pourtant, nous savons que si l'on a de bonne foi acheté la mère, on peut par la Publicienne réclamer l'enfant, même si l'on n'en a jamais eu un seul instant la possession [23].

A combien plus forte raison pourrai-je réclamer par la Publicienne le vêtement fait avec ma laine ; l'extension se fait ici bien plus aisément, bien plus naturellement encore !

Ainsi la propriété prétorienne, dont la Publicienne est le signe, ne se perd point par la transformation de l'objet en une chose nouvelle, du moins tant que le propriétaire n'est pas indemnisé.

Le jeu des actions sera identiquement le même que dans le cas du tableau ; le spécificateur de bonne foi offrira au propriétaire la valeur de sa matière, et pourra dès lors lui opposer l'exception *justi dominii* sans la voir brisée par une réplique de dol.

Dans l'hypothèse prévue par la L. 30, D. 24, 1, la femme avait exécuté le travail de mauvaise foi, car elle ne peut légalement ignorer que les donations entre

22. *Supra* Chapitre XIV.
23. L. 11 § 2, D. *h. t.* (6, 2).

époux sont interdites. C'est pourquoi la Publicienne du mari réussira sans qu'elle puisse l'écarter en offrant le prix de la laine. Ce travail gratuit ne constituera pas d'ailleurs une donation prohibée, puisque la donatrice ne s'est pas appauvrie par ce travail. D'ailleurs il n'y a pas eu intention de donner.

Section IV. — *Observations générales sur ces trois cas.*

256. Parmi les nombreux cas d'accession, les trois précédents sont les seuls où la Publicienne puisse servir à indemniser celui à qui l'accession a porté préjudice. Examen des cas d'alluvion, de construction avec les matériaux d'autrui, de *ferruminatio*, d'écriture sur le parchemin d'autrui. — 257. Avantages, au point de vue du droit de préférence, de la Publicienne donnée dans les trois cas en question, sur l'action *in factum* donnée dans d'autres cas.

256. — Parmi les nombreuses hypothèses que l'on range d'habitude sous la rubrique générale d'accession, les trois cas que nous venons d'énumérer sont les seuls où les textes nous parlent d'action utile, parce que ce sont les seuls où la Publicienne puisse servir à me rendre une valeur que j'ai perdue à la suite d'une accession [24].

On s'en convaincra aisément en passant en revue les autres, ceux du moins à propos desquels la question peut se poser.

L'alluvion se compose de particules enlevées aux champs situés en amont, elle enrichit sans doute le propriétaire inférieur aux dépens du supérieur, mais ces particules non reconnaissables ne peuvent être l'objet d'une action réelle. Vouloir indemniser les propriétaires supérieurs, serait entrer en lutte contre la

24. Nous avons déjà vu que celui qui a la Publicienne pour un terrain peut réclamer par cette action l'alluvion qui s'y est attachée et les constructions qni y ont été faites. Voyez Chapitre XIV, n° 148.

nature; on se heurterait d'ailleurs à des impossibilités pratiques.

Si le propriétaire du sol y construit avec les matériaux d'autrui, la loi des XII Tables, ne veut pas qu'on l'oblige à séparer les matériaux du sol [25], la revendication, et par conséquent la Publicienne sont donc impossibles. D'ailleurs le propriétaire des matériaux ne peut pas soutenir que la Publicienne qu'il avait pour les matériaux, s'étend au sol; c'est au contraire le propriétaire du sol dont la Publicienne s'étend à l'édifice construit. Voyez n° 148.

Restent les cas prévus par Paul dans la L. 23, §§ 2, 3, 4, 5. D., *De reiv.*, 6, 1. Une personne, pour compléter sa statue, à laquelle manquait un bras, y a réuni par le procédé de la *ferruminatio* [26], c'est-à-dire en soudant à chaud le métal à lui-même sans interposition de soudure hétérogène, un bras de statue qui m'appartenait [27]. — J'ai, sur le parchemin d'autrui, copié un livre. — J'ai peint sur une tablette appartenant à autrui. (Dans l'opinion de Paul, le tableau appartient au propriétaire de la planche.)

Dans tous ces cas, il faut une action pour indemniser le copiste, le peintre, etc. Mais la Publicienne n'est pas admissible. Cette action réelle ne saurait permettre de réclamer des choses qui n'ont jamais eu et ne sauraient avoir d'existence distincte, les lettres tracées sur un parchemin, la peinture appliquée sur du bois.

On ne peut pas non plus donner la Publicienne à l'ancien propriétaire du bras de la statue; ce bras n'existe plus comme objet distinct, il n'est plus même possible

25. Inst. II, 1, § 29.

26. Voyez sur ces procédés Gœppert dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IX, p. 241, et séparément: Gœppert, *Ueber die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten*, Breslau, 1869.

27. Ceci suppose qu'une fois un modèle établi, une grande quantité d'exemplaires étaient fondus dans le même moule et livrés au commerce.

de le reconstituer par séparation, puisque la réunion moléculaire s'étant opérée sans interposition de métal étranger, il est impossible de reconnaître l'endroit exact où elle s'est faite. Donc ce bras, en tant qu'objet possible d'une action réelle, a péri, il est consommé : *unitate majoris partis consumi... quia tota statua uno spiritu continetur*[28]; la statue ne forme qu'un être unique.

D'ailleurs l'objet nouveau n'est point, comme dans le cas de spécification, une transformation de l'objet ancien ; je ne puis dire que la statue à laquelle on a joint un bras qui était à moi, soit une transformation de ce bras ; je ne puis dès lors étendre à la statue entière la tradition *ex justa causa* que j'avais pu recevoir relativement à ce morceau de métal. Au contraire, c'est le propriétaire de la statue incomplète, qui peut dire que cette statue, maintenant complétée, est une modification, une transformation de sa statue imparfaite, modification d'ailleurs si faible qu'il n'y a point pour lui de mutation de propriété ; il reste propriétaire d'une statue.

Dans tous ces cas, on le voit, il ne pouvait être question de Publicienne ni de revendication. C'est pourquoi Paul nous dit, et nous comprenons maintenant le sens général des mots, *actio in rem*[29], qu'il emploie : (L. 23, § 4, D., *De reiv.*, 6, 1) « *Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.*

257. — D'ailleurs la Publicienne, dans nos trois cas, c. à. d. là où elle est possible, présente de grands avantages sur l'*actio in factum* à laquelle il faut recourir dans les autres hypothèses.

Le demandeur réclame, par la Publicienne, sa chose

28. L. 23, § 5, D. *De reiv.* 6, 1.
29. Revendication ou Publicienne.

transformée; le défendeur, qui en est devenu propriétaire de par la loi, oppose l'exception *justi dominii*, mais il faut alors qu'il offre la valeur de la tablette, de la plante ou de la matière, sans quoi le demandeur obtiendrait la restitution du tableau, de l'arbre ou de l'œuvre, pourvu qu'il fût prêt à payer la plus value réalisée.

Cette Publicienne a, sur l'action *in factum*, l'un des avantages que toute action réelle présente sur une action personnelle, le *droit de préférence*.

Rien de plus juste!

Cette valeur qui figurait dans mon patrimoine, a été sans mon aveu et sans compensation, transformée et transportée dans le patrimoine d'un autre. Pourquoi les créanciers de ce dernier viendraient-ils concourir avec moi sur un objet dont la valeur est partiellement sortie de mon avoir? Qu'ils m'indemnisent! ils se partageront ensuite le prix de l'objet transformé.

Nous verrons, avec plus de détail, au Chapitre XXIV, Section VI, que la Publicienne de l'ancien propriétaire, par sa nature même, ne lui donne pas de droit de suite contre les acquéreurs à titre onéreux, mais seulement contre les acquéreurs à titre gratuit, et que le droit de préférence qu'elle entraîne peut s'exercer même à l'encontre des créanciers hypothécaires.

A ces signes on a reconnu un droit réel, mais un droit réel d'une nature toute particulière. Nous constatons qu'il a un caractère relatif très remarquable : il s'exerce vis-à-vis de certaines personnes, non pas *erga omnes*.

Mais cela n'a rien qui puisse nous surprendre : bien souvent déjà nous avons constaté ce caractère relatif que la propriété prétorienne revêt dans bien des cas.

CHAPITRE XXII.

Publicienne de l'ancien propriétaire en cas d'aliénation extorquée par violence. — Le violenté reste propriétaire prétorien.

258. Les actes extorqués par violence sont valables *jure civili*, mais le préteur les annule. — 259. L'aliénateur a, en vertu de l'Edit, une *actio in rem*. Textes. — 260. Cette action ne peut être que la Publicienne, puisque les textes nous disent que l'aliénateur conserve l'*in bonis*. — L'aliénateur reste donc propriétaire prétorien. — 261. Autres systèmes. Réfutation. — 262. D'ailleurs l'aliénateur remplit encore les conditions de la Publicienne, car une aliénation extorquée par violence ne saurait équitablement être considérée comme une renonciation à son juste titre, les questions de juste titre étant des questions d'équité. — 263. L'exception *justi dominii* du défendeur, même si c'est un tiers sous-acquéreur, sera brisée par la réplique *metus*.

258. — Schulin [1] résume, dans une intéressante dissertation, les opinions qui ont divisé les modernes sur le sort des actes extorqués par violence, en droit romain.

Il adopte, avec raison, le système généralement enseigné depuis Savigny [2] : les actes extorqués ne sont pas nuls de plein droit, mais seulement annulables ; en d'autres termes, valables selon le droit civil, ils sont annulés par le préteur au moyen de procédés très va-

1. *Ueber einige*, etc. p. 19 à 48.
2. System. III, p. 98 et s. éd. all.

riés : l'action *quod metus causa*, l'exception *metus*, des actions fictices dans lesquelles on feint que l'acte extorqué n'a pas eu lieu, ou dans lesquelles on suppose au demandeur un droit qu'il a perdu [3]; enfin une *actio in rem* que nous avons à étudier dans ce Chapitre.

Il ne nous paraît pas nécessaire de justifier, par une discussion approfondie, le système de Savigny en tant qu'il s'applique à *tous* les actes juridiques [4], car nous n'avons à nous occuper ici que des aliénations extorquées par violence, et, pour les aliénations, il ne saurait y avoir de doute. La L. 3, C., *De his quæ vi*, 2, 20, prouve catégoriquement que les aliénations extorquées sont valables selon le droit civil et nulles d'après le droit prétorien.

L. 3 : *Imp. Gordianus A. Gaio : Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime emptor eum alii vendidit, si tamen tu avo tuo heres extitisti, ut tibi, reddito a te pretio, restituatur, postquam placuit in rem quoque dari actionem, secundum formam perpetui edicti, adito præside provinciæ poteris postulare, si modo qui secundo loco comparavit longi temporis præscriptione non fuerit munitus* (239) [5].

Si l'aliénation était nulle *jure civili* on n'aurait pas

3. D. *Quod metus causa*, IV, 2 *passim* et notamment L. 9, §§ 3, 4, 6. L. 21, § 6, etc.

4. Citons cependant quelques textes décisifs : Inst. IV, 13, § 1 : *Si metu coactus stipulanti Titio promisisti quod non debueras, palam est te jure civili obligatum esse... sed datur tibi exceptio.* — L. 21, § 5, D. *Quod metus causa*, 4, 2 : *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamquam si liberum essem, noluissem, tamen coactus volui; sed per Prætorem restituendus sum ut abstinendi mihi potestas tribuatur.* Voyez aussi : même texte, § 6 ; § 4. — L. 11, D. *eod.* — Quelques textes, en apparence opposés à la validité *ipso jure*, tels que L. 21, § 3, D. *eod.* — L. 1, C. *De rescind. vend.*, 4, 44. — L. 6, § 7, D. *De adq. her.*, 29, 2. — L. 9, pr. D. *Qui et a quib. man.*, 40, 9. — L. 17. D. *eod.*, s'expliquent assez facilement. Voyez Schulin, *loc. cit.*

5. « Si ton aïeul a été contraint par la force ou la crainte à vendre un fonds, et quand bien même l'acheteur l'aurait revendu, si tu as hérité de ton aïeul, tu peux, en remboursant le prix, aller trouver le président de la province et demander que l'immeuble te soit rendu, depuis qu'il a été décidé que l'on donne ici une action réelle selon la formule de l'Edit perpétuel. »

besoin d'invoquer l'édit du préteur pour donner une action réelle; la revendication compéterait de plein droit.

259. — Ainsi l'aliénateur jouit, en vertu de l'Edit, d'une action réelle pour réclamer l'objet dont l'aliénation lui a été extorquée.

Ulpien nous parle aussi de cette action réelle:

L. 9, D. *Quod metus*, 4, 2 :

§ 4. *Volenti autem datur et in rem actio, et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.*

§ 6. *Licet tamen in rem dandam existimemus*, QUIA RES IN BONIS EST EJUS QUI VIM PASSUS EST, *verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra.*

Ajoutons encore Paul, Sentences I, 7, § 4.

Integri restitutio aut in rem competit, aut in personam. In rem actio competit, ut res ipsa, qua de agitur, revocetur ; in personam autem quadrupli pœna intra annum, vel simplum post annum peti potest [6].

Paul et Ulpien distinguent donc très nettement l'action *in rem* de l'action *quod metus causa* qui est *in personam* et qui a pour objet direct, non la restitution de la chose, mais le quadruple de sa valeur.

260. — Quelle est cette action *in rem* ?

Si nous prenons pour base de cette discussion la L. 3 C. *De his quæ vi*, nous y trouvons les éléments que voici :

1° L'*actio in rem* est une action prétorienne, et la formule de cette action réelle se trouve dans l'Edit perpétuel de Salvius Julien (*secundum formam edicti perpetui.*)

6. Nous avons déjà fait remarquer que la restitution en entier peut s'opérer de bien des manières, par une *cognitio extraordinaria* qui tranche à elle seule tout le litige, plus souvent par l'octroi d'une action ou d'une exception. On voit que, dans le langage de Paul, accorder l'action *quod metus causa*, c'est restituer en entier.

2° Toutefois ce n'est pas une action intentée par le préteur pour ce cas spécial, car alors on l'y eût appliquée sans difficulté, et Ulpien n'aurait pas pu dire : *in rem dandam existimemus* » : il aurait dit : *in rem Prætor dat actionem*. On a fini par décider (*postquam placuit*) que cette action réelle prétorienne, dont la formule est dans l'Edit, devait être donnée dans l'hypothèse d'une aliénation extorquée par violence.

D'ailleurs, le « *postquam placuit* » cadre admirablement avec le « *in rem existimemus* » d'Ulpien.

Le jurisconsulte constate la jurisprudence qui prévaut de son temps, « *volenti datur* » non sans controverses antérieures sans doute : « *in rem dandam existimemus* ». Paul dans ses Sentences est plus affirmatif encore : « *in rem actio competit.* » La question est maintenant tranchée, et, treize ans après la mort d'Ulpien, l'empereur Gordien peut dire au passé : « PLACUIT *in rem quoque dari actionem, secundum formam edicti perpetui.* »

La seule action prétorienne à laquelle ces indications puissent s'appliquer, c'est la Publicienne.

Mais il y a mieux, on peut ici fournir une preuve directe :

Pourquoi Ulpien estime-t-il (*existimemus*) qu'une action *in rem* peut être ici donnée au violenté ?

Parce que le violenté est resté propriétaire bonitaire de l'objet aliéné : « *Quia res in bonis est ejus qui vim passus est !* »

Paul confirme d'ailleurs le motif donné par Ulpien, (*quia res in bonis est ejus qui vim passus est*) lorsqu'il nous dit que toutes les acquisitions de l'esclave mancipé par crainte appartiennent à l'aliénateur, au violenté :

Paul, Sent. I, 7, § 6 :

Servus per metum mancipatus, quidquid adquisierit vel stipulatus sit, ei adquirit qui vim passus est.

Par la mancipation, la propriété *quiritaire* est certainement passée à l'acquéreur.

Or, quand un esclave appartient à l'un *ex jure quiritium*, et à l'autre au point de vue de l'*in bonis*, c'est à ce dernier que profitent les acquisitions de l'esclave : Ulpien, Règles XIX, § 20. — Gaius, I, § 54 ; II, § 88. — III, § 116. — Puisque les acquisitions sont ici pour le violenté, c'est qu'il a conservé l'*in bonis*.

Eh bien, dire qu'une personne a la propriété bonitaire, c'est, par une conséquence forcée, décider qu'elle pourra utilement intenter la Publicienne. Cette action protège en effet la propriété prétorienne ; or, au point de vue du préteur, le violenté est resté propriétaire.

L'Edit du préteur déclare qu'il ne tiendra aucun compte de actes extorqués par violence : « *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* »[7]. Il serait illogique de la part du préteur de considérer l'acquéreur comme propriétaire ; du moment qu'il ne tient pas compte des actes extorqués, il doit, à son point de vue, regarder l'aliénateur comme conservant la propriété ; lui assurer le triomphe dans la revendication prétorienne, c'est donc entrer tout à fait dans les vues du préteur [8].

261. — On a cherché à attribuer une autre nature à cette action *in rem*. On a dit que c'était la revendication restituée au violenté par suite d'une *restitutio in integrum* [9].

D'autres disent que le préteur après examen des faits donnera une action rescisoire [10].

Mais alors l'action *in rem* serait donnée parce que

7. L. 1. D. *Quod metus causa*, 4, 2.
8. Dès 1864 nous avons entendu enseigner cette doctrine par notre vénéré maître M. Bodin, Doyen de la faculté de droit de Rennes.
9. Savigny, Syst., t. 7, p. 194, éd. all. — v. Vangerow, Pand. § 185 Anm. II 1, *c*, etc. Voyez Schulin, *Ueber einige* etc., p. 44, n. 45.
10. Cujas, obs. XVI, 3. Voyez Schulin, *op. cit.* note 46.

le préteur a brisé l'aliénation, et non pas, comme le disent les textes, «*quia res in bonis est ejus qui vim passus est.* »

Puis, si le préteur avait brisé l'aliénation, l'aliénateur aurait recouvré nécessairement l'action réelle, il n'aurait pu exister la moindre difficulté sur la question de savoir si cette action lui compétait, et Ulpien n'aurait pu dire : « *in rem actionem dandam* EXISTIMEMUS » ni Gordien : « *postquam* PLACUIT. »

Cette action réelle aurait été basée sur la propriété quiritaire et non pas seulement sur l'*in bonis.*

Les textes ne portent d'ailleurs aucune trace d'une *cognitio extraordinaria*, d'un examen particulier fait par le préteur, ni d'une action fictive rescisoire donnée par lui. Bien au contraire!

« *Volenti datur et in rem actio*, *et in personam rescissa acceptilatione*, *vel alia liberatione*, » dit Ulpien [11].

Il ne dit pas *rescissa alienatione*, ce qu'il aurait fait sans aucun doute, si l'action *in rem* dont il s'agit avait contenu une fiction rescisoire; c'est seulement lorsqu'il s'agit d'une action *in personam* donnée au créancier qui a libéré son débiteur par crainte, que le jurisconsulte nous parle d'une rescision.

Il s'agit donc bien de la Publicienne : en déclarant qu'elle sera efficace, les jurisconsultes entrent dans les vues du préteur qui ne veut pas tenir compte de l'aliénation extorquée par violence.

262. — Mais il ne suffit pas, pour que la Publicienne soit efficacement intentée, de se trouver dans un cas où l'esprit de l'Edit, les intentions du préteur veulent qu'elle réussisse. Le juge, esclave de la formule, ne peut tenir compte des intentions du préteur que si la rédaction de la formule s'y prête, ou mieux encore, l'y

11. L. 9, § 4, D. *Quod metus*, 4, 2.

oblige. Elle lui pose la question de savoir si le demandeur serait devenu propriétaire quiritaire, en supposant qu'il eût possédé la chose (un esclave par exemple) pendant une année, et cette année imaginaire s'intercale, nous l'avons vu [12], immédiatement avant la litiscontestation. Pourra-t-il répondre affirmativement à cette question dans le cas qui nous occupe?

Pour arriver à résoudre cette difficulté, envisageons une hypothèse différente, mais très voisine.

Supposons qu'après vous avoir, sous l'empire de la violence, mancipé l'immeuble que j'avais acquis de bonne foi et que j'étais en train d'usucaper, je conserve cependant la possession de cet immeuble; continuerai-je à l'usucaper?

Oui, sans doute! ma possession n'est-elle pas juste? Toute la question de la *justa causa* en matière d'usucapion se réduit, nous l'avons vu au Chapitre XV, à une question d'équité. Est-il juste que j'usucape? Évidemment oui! Si vous revendiquiez contre moi je vous repousserais par l'exception *metus*, cela suffit à caractériser ma possession, à montrer que c'est une *possessio justa*, utile pour l'usucapion!

Changeons maintenant un peu l'hypothèse:

Supposons qu'après vous avoir, par crainte, mancipé *et livré* cet immeuble, que j'étais en train d'usucaper, j'aie réussi à en reprendre possession. Suis-je replacé dans les conditions voulues pour usucaper, ai-je un juste titre? En d'autres termes: mon juste titre antérieur s'appliquera-t-il à la possession nouvelle? On n'hésitera pas à répondre affirmativement. Il faudra seulement, puisque je recommence une usucapion nouvelle, que je sois de bonne foi au moment de la reprise de possession [13].

12. *Supra*, n° 243, note 2 et les renvois.
13. Voyez *supra*, Chapitre XV, n° 205.

Revenons maintenant à notre cas. Le juge doit imaginer que j'ai possédé pendant une année fictive, se plaçant avant la litiscontestation; cette possession imaginaire est d'ailleurs revêtue des mêmes caractères que celle que j'avais au moment où j'ai été dépossédé.

Étais-je alors *in via usucapiendi?* En ce cas la possession imaginaire qu'on m'attribue est une possession *ad usucapionem.*

La question de savoir si le violenté peut, malgré l'aliénation qu'il a consentie, intenter encore la Publicienne se réduit donc à celle-ci : A-t-il perdu son juste titre, ou bien faut-il ne pas tenir compte de la renonciation qu'il y a faite en aliénant [14]?

Comme les questions d'usucapion sont en somme des questions d'équité, l'équité répond ici hautement que cette renonciation extorquée par violence doit être tenue pour non avenue. Voilà ce qu'ont fini par reconnaître les jurisconsultes romains et particulièrement Ulpien, qui appliqua aussi cette idée aux aliénations sous condition résolutoire, ainsi que nous le verrons plus loin.

263. — Donc le violenté intentera la Publicienne contre l'acquéreur ou ses ayants-cause. Ceux-ci opposeront l'exception *justi dominii*, mais elle sera brisée par la réplique *metus causa.* En effet cette réplique, soumise naturellement aux mêmes règles que l'exception *metus causa,* procède efficacement contre tous, *in rem*, même contre les tiers de bonne foi, non complices de la violence [15].

264. — A la vérité le violenté a aussi à sa disposition l'action *quod metus causa* qui est arbitraire et au

14. Nous savons d'ailleurs que l'acquisition de la propriété par une autre personne ne rend pas, à elle seule, non recevable la Publicienne de l'ancien propriétaire; voyez Chapitres XX, XXI.

15. L. 3, C. *De his quæ vi*, 2, 20, citée au commencement de ce Chapitre: L. 14, § 3, § 5. L. 9, § 8, D. *Quod metus*, 4, 2.

quadruple [16] en cas de non restitution, pourvu qu'elle soit intentée dans l'année.

Mais d'abord la question de savoir si elle pouvait réussir contre les tiers acquéreurs de bonne foi avait été controversée [17]. Ulpien, qui admet l'affirmative, semble toujours supposer que le défendeur, même de bonne foi, a réalisé un gain par suite de l'acte extorqué [18]; on pourrait donc hésiter à donner cette action contre un sous-acquéreur de bonne foi qui aurait payé son prix et serait exposé à le perdre par suite de l'insolvabilité de son vendeur [19].

A ce point de vue, la Publicienne est plus utile. L'aliénation n'a conféré à l'acquéreur que le *nudum jus quiritium*, puisque l'aliénateur a gardé l'*in bonis*, et le sous-acquéreur ne peut avoir plus de droits que son auteur.

En outre, en face d'un insolvable, la Publicienne, action réelle, a un avantage sur l'action *quod metus*, en ce qu'elle assure au demandeur un droit de préférence contre les créanciers de son adversaire [20].

16. Inst. IV, 6, § 27.
17. L. 14, § 5, D. 4. 2.
18. L. 14, § 3 *eod : eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.*
19. La L. 3, C., 2, 20, citée au commencement de ce Chapitre, semble faire allusion à ces difficultés, lorsqu'elle permet d'agir contre le sous-acquéreur par le motif que l'on a fini par donner une action réelle au violenté.
20. Voyez pour le développement, ci-après Chap. XXIV, Section V, *initio*, voyez aussi, au même Chapitre, la note 54.

TITRE II.

Condition résolutoire en matière de propriété, particulièrement dans les donations. — Caractère temporaire que présente alors la propriété prétorienne du donataire sous condition résolutoire. — Publicienne du donateur a qui cette propriété prétorienne revient par l'effet de la condition résolutoire. — Caractère relatif de cette propriété du donateur.

CHAPITRE XXIII.

Section I. — *Aperçu des différents systèmes sur l'effet de la condition résolutoire en matière de propriété.*

265. Connexité entre la théorie de la Publicienne et celle de la condition résolutoire en matière de propriété; les textes les plus difficiles de cette matière s'expliquent par le jeu des actions et des exceptions. — 266. Trois groupes de systèmes sur la condition résolutoire en matière de propriété: *Premier système :* La condition résolutoire dans les transferts de propriété n'engendre à la charge de l'acquéreur qu'une obligation de retransfert. — 267. En effet, la condition résolutoire n'est qu'une *convention* résolutoire sous condition suspensive, jointe à un acte de transfert pur et simple; or, les conventions ne transfèrent pas la propriété. — 268. On ne peut pas dire que l'on a transmis un droit limité dans sa durée, le droit de propriété étant perpétuel de son essence, et la liste des droits réels étant limitée. Développement. — 269. Arguments d'équité, intérêt des tiers. — 270. Ce système, irréprochable au point de vue du raisonnement, se heurte à certains textes. Faiblesse des explications qu'il en donne. — 271. *Second système :* A toute époque du droit romain, la propriété revient de plein droit à l'aliénateur sous condition résolutoire. On excepte le cas où les parties n'ont voulu créer qu'une obligation de retransfert, et l'on aboutit ainsi à la vieille distinction entre « *verba directa* » et « *verba obliqua* » qui ne soutient pas l'épreuve des textes. On se divise d'ailleurs quand il s'agit d'expliquer le retour de la

propriété. — 272. A. Système qui confond la condition résolutoire avec la condition suspensive, en disant que les parties n'ont pas voulu transférer la propriété dans le cas où la condition résolutoire se réaliserait. Réfutation. — 273. B. Système d'après lequel l'aliénateur ne transférerait à l'acquéreur qu'une portion de son droit de propriété, celle qui va depuis le jour de l'aliénation jusqu'à l'arrivée de la condition. Réfutation. — 274. C. Système d'après lequel la *justa causa*, par ex. la vente, limite les effets de la tradition. — 274 *bis*. Réfutation : d'abord, quand cela serait vrai, on ne saurait créer par là une propriété temporaire que la loi ne reconnaît pas. Développement. D'ailleurs il n'est pas exact de dire que la *justa causa* qui précède la tradition en limite les effets. Diverses observations. — 275. D. Système qui s'appuie sur le principe : « *In traditionibus rerum, quodcumque pactum est, id valere* : » L. 48 D. *De pactis*, 2, 14. Réfutation. — 276. E. Système de la *lex rei suæ dicta*. Réfutation. — 277. *Troisième système* : distinction historique : le retour de plein droit de la propriété, d'abord admis par quelques jurisconsultes, puis repoussé par les empereurs, prévalut enfin sous Justinien. — Diverses objections, renvoi. — 278. Le premier système est exact, mais les principes de la Publicienne peuvent seuls expliquer les textes qu'on lui oppose d'ordinaire.

265. — Il existe, croyons-nous, une étroite connexité entre la théorie de la Publicienne et celle de la condition résolutoire en matière de propriété.

Dans les Chapitres qui précèdent nous avons plus d'une fois insisté sur des points qui pouvaient au premier abord paraître secondaires, mais qui constituaient pourtant les assises, pour ainsi dire souterraines, les fondations de la doctrine que nous allons exposer dans le reste de ce travail. Il convenait donc d'établir ces assises aussi solidement que possible.

Un grand nombre de textes que l'on cite lorsqu'on étudie les effets des actes sous condition résolutoire et qui forment le terrain de vives et célèbres controverses, s'expliquent aisément par les principes de la Publicienne, par le jeu combiné de cette action, de la revendication, et des exceptions ou des répliques qui peuvent trouver place dans la formule.

Faute d'avoir aperçu le rôle important que jouait l'action réelle prétorienne dans la plupart des solutions données par les sources, les commentateurs se sont livrés à d'ardentes controverses sans réussir à s'accor-

der sur aucun point, sinon pour reconnaître la difficulté et l'obscurité de la matière.

Les partisans d'un même système sont loin d'ailleurs de s'entendre entre eux sur les motifs ou sur les conséquences de leurs décisions, en sorte que les systèmes engendrent des sous-systèmes, se divisent en branches, etc.

Pour mettre le comble à ce chaos d'opinions discordantes, on a vu paraître des doctrines animées de la louable intention de tout concilier par des distinctions historiques, et qui n'ont réussi en somme qu'à créer des obscurités et des difficultés nouvelles.

266. — Il serait à la fois long, fastidieux et peu utile de se livrer à une exposition complète de ces controverses ; il suffira d'en donner un bref aperçu [1]. Les doctrines enseignées peuvent se ranger dans trois groupes principaux.

PREMIER SYSTÈME. — *La condition résolutoire dans les transferts de propriété* [2] *n'engendre à la charge de l'acquéreur qu'une* OBLIGATION *de retransfert.*

Cette doctrine, bien qu'elle soit actuellement en Allemagne celle de la minorité, a été enseignée, depuis les glossateurs jusqu'à nos jours, par une série non interrompue d'autorités aussi illustres que nombreuses.

Schulin ne cite pas moins de trente-six auteurs qui l'ont soutenue, quelques-uns en y apportant d'ailleurs certaines exceptions.

L'un des plus récents représentants de ce système, celui qui le présente de la façon la plus absolue, c'est

1. Schulin, *Resolutivbedingung und Endtermin*, Marburg, 1875. — Bufnoir, *Condition*, 1867. p. 136-177. — Glasson, *Rev. crit.* t. 35, p. 459 et s., note 1.

2. Ce que nous dirons, *brevitatis causa*, de la propriété, s'applique aux droits réels en général.

M. Maynz [2 bis]. Selon lui, à aucune époque le droit romain n'a admis que l'aliénateur sous condition résolutoire redevenait propriétaire de plein droit à l'arrivée de la condition, de manière à pouvoir revendiquer la chose entre les mains de qui que ce soit et libre de toutes charges consenties par l'acquéreur. Il ne donne à l'aliénateur qu'une *action personnelle* pour reprendre sa chose entre les mains de l'acquéreur ; des textes fort nombreux [3] constatent l'exactitude de cette solution.

267. — En effet, les actes faits — pour employer le langage usuel — « *sous condition résolutoire* », ne sont pas *conditionnels* ; ce sont des actes purs et simples, auxquels on a ajouté un pacte résolutoire, qui, lui, est subordonné à une condition suspensive ordinaire [3 bis].

Dès lors, l'aliénation sous condition résolutoire est une aliénation pure et simple, à laquelle on a joint une convention résolutoire dont l'efficacité est subordonnée à une condition.

Cette convention résolutoire ne saurait, par elle-même, retransférer la propriété, même *inter partes*, car, en droit romain, les conventions ne transfèrent pas la propriété. *A fortiori*, elle ne saurait produire des effets contre les ayants-cause à titre particulier de l'acquéreur, vis-à-vis desquels elle est *res inter alios acta*. Enfin, l'exemple de la fiducie, montre avec évi-

2 *bis*. *Cours de droit romain*. 4e édition, § 334, *Observation* et les renvois. Riesser (cité par Glasson) *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, II, p. 1 et s., p. 270 et s. avait déjà soutenu ce système.

3. Par exemple : L. 12, D. *Præscriptis verbis*, 19, 5. — L. 7, § 3, D. *De jure dot.*, 23, 3. — L. 13 pr., L. 39, D. *De mort. causa don.*, 39, 6. — L. 38, D. *De usuris*, 22, 1. — L. 15, D. *De cond. causa data*, 12, 4. — L. 67, § 3, D. *De furtis*, 47, 2. — L. 4, § 4, L. 14, § 1, D. *De in diem add.* 18, 2. — L. 4, pr., L. 5. D. *De lege com.*, 18, 3. — L. 4, C. *De rerum permut.*, 4, 64. — L. 6, § 1, D. *De cont. emptione*, 18, 1, etc.

3 *bis*. L. 3, D. *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 2, pr., D. *De in diem*, 18, 2. — L. 1, D. *De lege com.*, 18, 3. — L. 2, § 5, D. *Pro emptore*, 41, 4. — L. 1, pr. D. *De don.*, 39, 5.

dence que la propriété transmise au créancier ne pouvait, malgré la convention des parties, revenir au débiteur qui l'avait mancipée ou cédée *in jure ;* il fallait qu'il intervînt de nouveau un acte propre à faire acquérir la propriété [4].

268. — Il n'y a qu'un moyen d'échapper à ces arguments, c'est de dire que la condition résolutoire ne porte pas sur l'acte de transfert, qui est en effet pur et simple, mais sur le droit transmis. Ce qui est transmis c'est une propriété résoluble, ou tout au moins limitée quant à sa durée, et ne devant subsister que jusqu'à l'arrivée d'une condition.

Mais alors on se heurte à une autre objection.

Les Romains ont considéré la propriété comme un droit perpétuel de son essence [5], et qu'il n'était pas possible de transmettre pour un certain temps.

D'un autre côté, la liste des droits réels est fixe ; chacun d'eux a ses caractères propres ; il n'est permis à personne d'en forger de nouveaux.

On peut, si l'on veut, conférer à autrui un droit réel temporaire sur sa chose ; que l'on choisisse alors entre les servitudes personnelles, que l'on constitue l'usufruit, l'emphytéose, la superficie, droits qui sont, ou peuvent être, en effet temporaires.

Mais quant à la propriété, perpétuelle de son essence, vous ne sauriez pas plus la constituer *ad tempus* [6] que vous ne pourriez établir un usufruit à perpétuité.

4. Gaius, II, § 60.

5. Il ne s'agit pas de savoir si une personne peut avoir une propriété susceptible de lui échapper à un moment donné : il est certain, par exemple, que l'aliénateur à terme suspensif, ou sous condition suspensive, voit sa propriété passer à l'acquéreur par l'arrivée du terme ou de la condition. Mais c'est qu'il l'a par avance aliénée, en reportant seulement les effets de l'aliénation à une époque ultérieure. Or, affirmer que la propriété est perpétuelle, ce n'est pas dire que le propriétaire ne puisse l'aliéner. Voyez ci-après Chap. XXIV, Section V.

6. Cela résulte, par *a fortiori*, de ce que les servitudes réelles ne peuvent être constituées *ad tempus*. L. 4, pr. D. *De serv.*, 8, 1. Si le droit de propriété pouvait être constitué *ad tempus*, il en serait évidemment de même de toutes les

269. — M. Maynz ajoute que ce système est seul conforme à l'équité : il ne faut pas que des tiers soient dépouillés d'une propriété légalement acquise, pour des causes qu'ils n'ont pu ni prévoir ni prévenir, en vertu d'actes auxquels ils sont restés étrangers, dont ils n'ont pu avoir connaissance, et cela au profit d'un aliénateur sous condition résolutoire qui aurait pu se faire donner des cautions ou autres sûretés, et qui n'a qu'à se reprocher à lui-même de n'avoir pas pris les précautions que la loi mettait à sa disposition.

270. — Cette doctrine nous paraît irréprochable au point de vue du raisonnement, et c'est à peine si ses adversaires même contestent sa supériorité à cet égard.

Mais, quand on arrive à l'explication des textes qu'on peut lui objecter, on sent le défaut de la cuirasse.

Pour donner une idée de la faiblesse des explications proposées par l'auteur cité pour rendre raison des textes opposés, il suffira d'en énoncer trois :

1° Bien des textes donnent la *revendication* au vendeur sous la condition résolutoire de la *lex commissoria* [7]. M. Maynz les explique en alléguant que les mots *vindicare*, *rei vindicatio*, ne doivent pas y être pris dans leur sens technique [8] !

2° Dans le cas de donation à cause de mort sous condition résolutoire, un texte d'Ulpien (L. 29, D. 39, 6), d'autres encore, donnent au donateur l'*action in rem* pour reprendre la chose. — M. Maynz répond, pour certains de ces textes, que ce sont des décisions anormales (?), qui peuvent s'expliquer (?), mais non se justifier (?). Pour la L. 29 : que l'opinion timidement

servitudes. Or, cela n'est vrai que des servitudes personnelles, qui sont de leur nature temporaires. Voyez Frag. Vat. § 48. Enfin ce principe est proclamé, même après Justinien, par les scholiastes des Basiliques, ainsi que nous le verrons plus bas. (*Bas.* 16, 1, 4.)

7. Clause portant que la vente sera résolue si le prix n'est pas payé dans tel délai.

8. L. 8, D. *De lege com.* 18, 3. — L. 4, C. *De pactis inter*, 4, 54.

émise par Ulpien ne peut avoir de valeur pour la théorie générale, d'autant plus que la matière des donations présente de grandes irrégularités, enfin, et en tous cas, que les arguments tirés de ces textes ne lui paraissent pas assez concluants pour autoriser à donner au droit de propriété un caractère résoluble contrairement à sa nature, et à violer l'axiome : *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest* [9].

3° Enfin, un texte [10] décide que lorsque la vente est conclue avec la clause qu'elle sera résolue si le vendeur trouve de meilleures conditions dans un certain délai (*addictio in diem*), la condition résolutoire arrivant, le droit de gage constitué par l'acheteur s'éteint : «*rem pignori esse desinere.*» — La seule ressource qui reste ici à l'auteur cité c'est d'intercaler arbitrairement[11] la particule négative et de lire : *rem pignori esse* NON *desinere.* — Après cela il faut, comme on dit, tirer l'échelle !

271. — SECOND SYSTÈME. — *A toute époque du droit romain, la propriété revient de plein droit à l'aliénateur sous condition résolutoire.*

Les partisans de ce système y apportent, en général, une restriction :

L'aliénateur, au lieu de conférer une propriété résoluble, pourrait avoir seulement voulu que l'acquéreur fût obligé de la lui retransférer. Nul, croyons-nous, ne contestera ce point [11 bis].

On cherche à expliquer ainsi les textes qui ne donnent qu'une action personnelle à l'aliénateur, ce qui aboutit en somme à la distinction des anciens commen-

9. Maynz, § 334, notes 26 et 65, 3e édition.

10. L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2. Voy. aussi L. 4, D. *Quibus mod. pign.*, 20, 6.

11. Maynz, § 334, note 38. — Pour la réfutation voyez Bufnoir, p. 175.

11 *bis*. Voy. par ex. : L. 12, D. *De præscrip. verbis*, 19, 5. Comparez Bufnoir, p. 157 et s.

tateurs en « *verba directa* », lorsqu'on est convenu par exemple, « *ut fundus inemptus esset* », cas dans lequel la propriété reviendrait de plein droit, et « *verba obliqua* » quand on a dit : « *ut restitueretur* », distinction qui, d'ailleurs, ne soutient pas un seul instant l'épreuve des textes. Ceux-ci en effet donnent parfois l'action réelle quand on a employé l'expression indirecte : « *redderet* » [12], et l'action personnelle quand on a dit : « *ad se reverteretur* » [13], formule, à coup sûr, assez directe !

Le premier système, si conforme aux principes généraux du droit, si simple et si pratique, si romain dans son aspect, n'aurait sans doute jamais trouvé de contradicteur, si l'on n'avait rencontré dans les sources toute une série de textes d'où il semblait résulter fort clairement que l'aliénateur se retrouvait propriétaire après la condition résolutoire accomplie.

En présence de ces décisions, on a cru devoir apporter au premier système des exceptions dont le nombre alla grossissant, jusqu'à ce qu'on les prît enfin pour la règle ; de là le second système, généralement adopté en Allemagne.

Restait à motiver ce retour de la propriété ; mais ici on se divisa, ce qui constitue déjà une présomption défavorable contre le système en général, car, quelle que soit la diversité des opinions qui naît de la différence des caractères individuels, l'erreur se scinde plus que la vérité, le nombre des sous-systèmes est déjà une mauvaise note : « mille routes dévient du but » disait Montaigne « une seule y va. »

En outre, ces systèmes sont, ou d'une subtilité inconciliable avec la simplicité du génie romain, ou d'une obscurité qui en rend l'analyse très difficile : c'est là

12. L. 29, D. *De mort. causa don.*, 39, 6.
13. L. 3, C. *De pactis inter empt.*, 4, 54.

un vice congénital dont il est malaisé de les guérir, quelque soin que l'on y mette.

272. — A. C'est ainsi que nous avons d'abord l'explication des auteurs qui voient dans la condition résolutoire une modalité analogue à la condition suspensive, par exemple Unger [14]. Selon eux la condition résolutoire affecte l'acte juridique auquel elle est jointe : elle affecte la déclaration de volonté qui forme la base de cet acte juridique. Toute condition, disent-ils, fait dépendre la volonté des parties, et par conséquent l'acte juridique qu'elles accomplissent, de l'arrivée d'un événement futur et incertain ; seulement, si la condition est suspensive, c'est l'existence de l'acte qui dépend de l'événement ; si elle est résolutoire, c'est la non existence de l'acte [15]. Dès lors la tradition faite sous condition résolutoire est comme si elle n'avait pas été faite, si la condition résolutoire s'accomplit, car, pour ce cas-là, les parties n'ont pas voulu faire tradition.

Mais ce système repose sur une notion fausse de la condition résolutoire [16]. Nous avons vu. et l'on reconnaît d'ailleurs généralement qu'elle n'affecte en aucune façon l'acte principal, qu'elle porte seulement sur une convention ayant pour but de résoudre l'acte princi-

14. *System des Osterr. Privatrechts*, t. II, p. 64, 65, 82, cité par Schulin, *Resolutiv.*, note 88 et Czyhlarz, *Resolutiv.*, p. 24, note 7.

15. La distinction entre les deux conditions se réduirait alors à une pure subtilité, et Czyhlarz, p. 25, *op. cit.*, remarque avec raison qu'alors la seule différence pratique entre elles serait que les parties feront le plus souvent un acte sous condition résolutoire lorsqu'elles jugeront probable que l'événement prévu n'arrivera pas, et sous condition suspensive lorsqu'elles estimeront que l'événement arrivera. Dans les deux cas l'acte juridique n'aurait, avant l'événement, qu'une existence hypothétique. Or, s'il y a quelque chose de certain en droit romain, c'est que l'acte sous condition résolutoire *existe réellement* avant l'arrivée de la condition.

16. Comparez Bufnoir, p. 63. Voyez aussi, sur la distinction entre la condition résolutoire et la condition suspensive conçue en sens inverse : (ex. : « La vente sera résolue si le vendeur trouve de meilleures conditions » et « la vente ne sera conclue que si le vendeur ne trouve pas de meilleures conditions ») notre article sur la stipulation prépostère et la condition résolutoire dans les stipulations, *Nouvelle Revue historique*, 1879.

pal, c'est-à-dire d'en effacer tous les effets et de remettre les choses dans l'état où elles se trouveraient si cet acte n'avait pas eu lieu. La vente sous condition résolutoire est, comme le disent les textes, une *emptio pura, quæ sub conditione resolvitur ;* il en est de même de la donation.

La différence entre la condition suspensive et la condition résolutoire consiste donc uniquement en ce que l'une affecte l'acte principal, en suspend l'existence, tandis que la seconde affecte une clause résolutoire de cet acte. En résumé, toute condition est suspensive [17].

En outre, en droit romain, où le consentement n'est pas en général ce qui forme l'acte juridique, on ne peut admettre par exemple qu'une mancipation pût être faite avec cette réserve, qu'elle serait considérée comme nulle et non avenue si tel événement se produisait.

17. Il importe de ne pas confondre d'ailleurs la condition extinctive avec la condition résolutoire. Entre elles, rien de commun. Lorsqu'on transfère un droit à quelqu'un, et que ce droit peut être établi pour un certain temps, comme l'usufruit, rien n'empêche de fixer pour limite à sa durée, non pas une date fixe, mais un événement dont l'arrivée n'est pas certaine. L'usufruit est alors constitué *ad conditionem* (Frag. Vat. § 50.) L'acte constitutif de l'usufruit n'est pas conditionnel, aucune clause résolutoire ne l'affecte, et il serait tout à fait impropre de dire que l'usufruit est constitué sous condition résolutoire. Seulement, et pour le cas où l'événement se produirait, ce n'est pas un usufruit ordinaire qu'on a transmis, mais un usufruit d'une durée plus limitée. Il ne s'agit donc ici que d'une modification éventuelle du droit transmis, mais encore une fois l'événement prévu n'exerce aucune influence, ni sur l'*acte constitutif de l'usufruit*, ni sur la résolution *de cet acte*. — Nous ne pouvons nous étendre davantage ici sur les principes généraux relatifs à la condition, puisque nous ne traitons même pas de la condition résolutoire en général, mais seulement de ses effets sur les droits réels. Il nous suffira d'ajouter seulement ceci : La clause résolutoire est une convention, un pacte, et ne peut produire que les effets d'un pacte. Dans une vente sous condition résolutoire, il y a, comme disent les textes, une vente pure et simple. *Après* cette vente, formée par le consentement, se place un *mutuus dissensus* subordonné à une condition suspensive, et dont les effets sont par conséquent suspendus. La condition arrivée, tout doit se passer comme si la vente avait été résolue par un mutuel dissentiment, après avoir été faite purement. Ce que le consentement a pu faire, c'est-à-dire créer des obligations, le dissentiment peut le détruire, c'est-à-dire éteindre ces obligations, mais rien de plus ; comme ce n'est pas le consentement qui a transféré la propriété, ce n'est pas le retrait de ce consentement qui peut effacer ce transfert.

273. B. — Beaucoup d'auteurs admettent le retour de plein droit, tout en comprenant la véritable nature de la condition résolutoire. Nous trouvons tout d'abord le système de Thibaut [18] et de Kœppen [19].

L'aliénateur sous condition résolutoire ne transfère pas à l'acquéreur tout son droit de propriété, mais seulement la portion de ce droit qui se place dans l'espace de temps compris entre l'aliénation et l'arrivée de la condition résolutoire; pour tout le reste de la durée l'aliénateur conserve sa propriété. Le droit de propriété se trouve ainsi scindé dans le temps.

Si les Romains avaient admis que la propriété pût être constituée *ad tempus* (ce qu'ils n'ont pas fait, ainsi que nous le verrons plus loin avec plus de détails), le système de Thibaut expliquerait en effet ce résultat.

Mais, transférer la propriété *ad conditionem*, ou la transférer sous condition résolutoire, sont deux choses très différentes.

Dans la condition résolutoire, lorsqu'elle se réalise, les choses doivent être remises dans l'état où elles seraient si la propriété n'avait pas été transmise.

Dans le transfert *ad conditionem* au contraire, au moment où la condition se réalise, l'acquéreur cesse d'être propriétaire et voilà tout : le passé n'est point effacé, il n'y a point par exemple de fruits à restituer, etc. Par conséquent le système de Thibaut expliquerait le transfert *ad conditionem* (à supposer qu'il fût possible) mais n'expliquerait pas le transfert sous condition résolutoire.

D'ailleurs, de deux choses l'une : ou le lien entre l'aliénateur et la chose est rompu par la tradition, et alors le retour du plein droit ne s'explique pas; ou bien il n'est pas rompu, et alors il y a deux propriétaires,

18. Thibaut, *Archiv. für civ. Prax.*, XVI, p. 387, cité par Schulin, n. 132.
19. Kœppen, *Der obligatorische Vertrag*, p. 53, cité par Schulin, *eod.*

deux propriétés, dont l'une, celle du *tradens*, sommeille *pendente conditione*. Mais ce *condominium plurium in solidum* est impossible [20], du moins sous Justinien, car auparavant la propriété quiritaire pouvait être séparée de la propriété bonitaire.

274. C. — Ce système n'est qu'une modification du précédent ; il a été enseigné notamment par M. de Vangerow, Pand. I, 96.

Pour que la tradition transfère la propriété, il faut qu'il y ait une *justa causa*, par exemple une vente [21].

Cette *justa causa*, qui donne ainsi à la tradition sa force translative de propriété, doit déterminer aussi dans quelle mesure, sous quelles réserves ou restrictions, la propriété est transmise. Si, par exemple, on vend sous condition suspensive, la tradition que l'on fera ne transférera pas la propriété avant la condition accomplie. De même, si l'on vend sous la réserve de servitudes, la propriété ne passe pas tout entière à l'acquéreur, mais sous la déduction des servitudes réservées.

Puisque la *justa causa* détermine ainsi les effets de la tradition, et la transmission plus ou moins immédiate, plus ou moins complète, de la propriété, il est naturel d'en conclure que si la vente a été faite sous condition résolutoire, la propriété transmise à l'acheteur par la tradition a été nécessairement limitée quant à sa durée; elle ne peut subsister que dans la mesure où subsiste la *justa causa* qui a motivé la tradition. Or, cette *justa causa* ne subsiste que jusqu'à l'arrivée de la condition qui la résout, donc la pro-

20. Il ne faudrait pas objecter que dans le cas d'aliénation faite sous condition suspensive, ou à terme suspensif, nous trouvons aussi une propriété qui sommeille, celle de l'acquéreur. Voyez ci-dessous Chapitre XXIII, Section V.

21. L. 31, pr. D. *De adq. rer. dom.* 41, 1 : *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.*

priété transmise ne peut, elle aussi, subsister que jusque là.

274 *bis*. — Pour réfuter ce système on se borne parfois [22] à démontrer qu'à Rome, à l'époque classique, la propriété ne pouvait être transmise *ad tempus*. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette démonstration [23]. Qu'il nous suffise de faire remarquer ici que l'impossibilité de transférer le *dominium ad tempus* résulte :

1° De ce qu'il n'est pas possible de constituer *ad tempus* des servitudes réelles [24]. Si le droit de propriété n'était pas perpétuel de son essence, on ne comprendrait pas que des démembrements de ce droit pussent avoir ce caractère;

2° De ce que les textes décident expressément que l'usufruit, droit temporaire de son essence, peut au contraire être constitué *ad tempus* [25]. S'il en était de même pour la propriété, on ne manquerait pas de nous le dire en même temps, et on n'insisterait pas autant sur cette particularité de l'usufruit;

3° Enfin de ce que, même après Justinien, l'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus* est encore constatée et signalée comme une différence entre le *dominium* et l'usufruit, par les scholiastes des Basiliques [26].

Mais le raisonnement de M. de Vangerow pèche à un autre point de vue. Il repose sur cette idée que la *justa causa* limite les effets de la tradition. Or, cette donnée n'est pas exacte.

22. Bufnoir, p. 155. — Le savant auteur admet, bien à tort à notre gré, que M. de Vangerow a raison au point de vue de la logique des idées et pour l'époque de Justinien.

23. *Infra*, Chap. XXIV, Sections III, IV, V.

24. L. 4, D. *De servit.*, 8, 1. Voyez *supra*, n° 268 *in fine*.

25. Frag. Vat., §§ 48, 50.

26. Voyez plus bas, Chap. XXIV, note 21 *bis*.

La *justa causa* limite si peu les effets de la tradition, que si, ayant vendu un immeuble sous réserve de certaines servitudes, on omet dans la tradition de répéter cette réserve, les servitudes ne sont pas établies sur l'immeuble vendu [27] !

La règle : « *Nunquam nuda traditio* » etc. ne signifie pas qu'à défaut d'une *justa causa* préexistante, une tradition, même faite avec l'intention certaine de transférer la propriété, ne la transfère point, car alors celui

27. L. 35, D. *De serv. præd. urb.* 8, 2 : *Si binarum ædium dominus dixisset eas quas venderet servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, ut servitus imponatur.* — Comparez dans le même sens : L. 19, pr. D. *Quemad. serv. amit.*, 8, 6. — L. 6, § 3, D. *Communia prædiorum*, 8, 4 : *Si in venditione quis dixerit servas fore ædes quas vendidit, necesse non habet liberas tradere. Quare vel suis ædibus servas facere potest, vel vicino concedere servitutem, scilicet ante traditionem.* — Comp. Schulin, *Resolutiv.*, p. 90. — Pour réfuter ces preuves, il faudrait soutenir que dans ces trois textes il ne s'agit pas de tradition, mais de mancipation, ce qu'on ne saurait démontrer. D'ailleurs la preuve resterait entière pour le droit de Justinien. — A l'occasion de ces textes, signalons ici une idée contestable émise par Schulin, *op. cit.*, p. 92. La prétendue déduction des servitudes ne serait qu'une manière de parler. Quand on transfère la propriété, on la cède pleine et entière, telle du moins qu'on l'a soi-même, il est impossible d'en rien retenir, mais l'acquéreur, lui, peut, au moment où il devient propriétaire, concéder à l'aliénateur une servitude, et c'est là ce que, par une abréviation de langage, on appelle déduire une servitude. A l'appui de cette idée, que nous mentionnons incidemment, on pourrait invoquer le § 47 des Frag. du Vatican. En faisant tradition d'une res *nec mancipi* on ne peut s'en réserver l'usufruit, ou du moins cet usufruit ne sera pas constitué *jure civili*. Cette décision ne s'explique pas si l'on admet que l'aliénateur *retient* un démembrement de la propriété. Propriétaire quiritaire de la chose, pourquoi ne pourrait-il pas n'en transférer que la nue-propriété et en garder l'usufruit, l'usufruit du droit civil ? — Elle s'explique, pourrait-on ajouter, si l'on admet que c'est l'acquéreur qui concède l'usufruit au moment où il acquiert la pleine propriété, car alors l'usufruit ne peut être établi *jure civili* par une tradition ; il faudrait une cession *in jure* Si au contraire l'on aliène par une mancipation, l'usufruit peut être établi, quoique ce droit ne puisse être mancipé, mais parce que la loi des XII Tables donne effet à toutes les *clauses* d'une mancipation : Frag. Vat. § 50 : *quia mancipationum et in jure cessionum* (leges) *lex XII Tabularum confirmat.* — Toutefois ces arguments ne nous paraissent pas décisifs. Le § 50 cité ne veut pas dire que, dans une mancipation l'*accipiens* peut rendre au mancipant un démembrement du droit de propriété qu'il vient de recevoir de lui, il signifie seulement que les clauses des mancipations engendrent des *obligations*. Si l'usufruit ne peut être *déduit* dans une tradition, c'est, comme le dit en somme le § 47, parce que c'est là un droit essentiellement *civil*, qui doit nécessairement être créé par un acte de droit civil et non pas par la tradition « *quæ est juris gentium* ». Or, en faisant tradition de la nue-propriété seulement, on arriverait en définitive à constituer, par la tradition, l'usufruit, droit exclusivement civil, inconnu à bien des peuples (*secus* de la propriété.)

qui, par exemple, fait un paiement indu garderait la revendication, ce qui n'est pas; elle veut dire que la *traditio nuda*, la simple remise de la chose, sans rien qui détermine l'intention des parties, ne saurait transférer la propriété, à moins qu'il n'y ait eu auparavant une *justa causa* qui nous révèle alors l'intention que les parties ont eue en faisant cette remise.

En résumé, alors même que la *justa causa* limiterait les effets de la tradition, elle ne saurait créer par là un droit que la loi ne reconnaît pas, et la propriété limitée dans sa durée ne serait pas la propriété. Au reste il n'est pas vrai de dire que la *justa causa* limite les effets de la tradition.

Il ne faudrait pas croire, d'ailleurs, que l'on puisse aboutir à un résultat plus satisfaisant en présentant les choses d'une autre manière que le fait M. de Vangerow.

Dira-t-on par exemple, que, par l'effet de la condition résolutoire la vente étant anéantie, la tradition qui a été faite en vertu de cette vente se trouve avoir manqué de *justa causa*, que par suite elle n'a pas transféré la propriété ?

Mais, si l'on dit que peut-être la propriété n'a pas été transférée, il y aura alors incertitude sur la question de savoir si l'acheteur est ou non propriétaire ! Or, cela ne cadre point du tout avec les textes, et notamment avec ceux d'Ulpien, que les partisans du retour de plein droit invoquent à l'appui de leur thèse. Dans la L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2, par exemple, Ulpien nous déclare que, *medio tempore*, l'acheteur a été *dominus*; que les droits réels par lui concédés s'éteignent à l'arrivée de la condition résolutoire : (*finiri pignus ..... rem pignori esse desinere*), d'où il résulte que la propriété intérimaire de l'acheteur n'est pas rétroactivement effacée, ce qui arriverait pourtant si, faute de *justa causa*, la propriété ne lui avait pas été transmise. Nous aurons

à déterminer par la suite la nature du droit de l'acheteur sous condition résolutoire et nous faisons des réserves à cet égard; mais, quelle que soit la nature de ce droit, il l'a absolument, sans aucune incertitude.

275. — D. Fitting [28], pour expliquer le retour de plein droit, s'appuie sur la L. 48, D., *De pactis*, 2, 14: *In traditionibus rerum, quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.*

Mais, dire que les conventions faites dans une tradition sont valables, ce n'est pas dire qu'elles ont le pouvoir, qui n'appartient jamais aux conventions, de transférer la propriété. Elles produiront l'effet que peuvent produire des conventions valables, elles créeront des obligations. *Jure civili*, une convention, si valable qu'elle soit, ne saurait produire d'effet plus étendu.

D'ailleurs, il est fort probable que le texte cité, extrait d'un commentaire de Gaius sur la loi des XII Tables, parlait, non pas de tradition, mais de mancipation. En effet, il n'est pas possible d'admettre que Gaius ait déclaré manifestement obligatoires toutes les conventions accompagnant une *datio* faite par tradition. Ç'aurait été sanctionner tous les contrats *do ut des*, *do ut facias* par une action civile destinée à en obtenir l'exécution. On sait au contraire que ces contrats n'ont pas été sanctionnés sans difficulté, et qu'au temps d'Hadrien Celse ne donnait encore, dans un cas de contrat *do ut des*, aucune action pour contraindre à l'exécution [29]. Gaius exprimait ici plus vraisemblablement le principe posé par la loi des XII Tables qui confirmait les *leges*, c'est-à-dire les clauses, de la mancipation [30].

28. *Zeitschrift f. Handelsrecht*, II, p. 260 note, cité par Schulin, p. 93.
29. L. 16, D. *De cond. causa data*, 12, 4.
30. Frag. Vat. § 50. Voyez *supra*, note 27 *in fine*.

276. — E. Le système d'Ihering [31], se rapproche du précédent. En voici une rapide analyse.

La tradition sous condition résolutoire constitue une « *lex rei suæ dicta.* » En aliénant un objet, on a le droit de faire pour ainsi dire la loi à cet objet. L'auteur cité s'attache à démontrer qu'en aliénant sa chose on peut lui imposer une situation tout à fait anormale, et notamment retenir sur cette chose des droits tout à fait extraordinaires, tels qu'on n'aurait pas pu en acquérir de pareils sur la chose d'autrui.

Or, on peut acquérir la propriété de la chose d'autrui sous condition suspensive ; à plus forte raison est-il possible de retenir, sous condition suspensive, le droit de propriété sur la chose que l'on aliène, ce qui revient à l'aliéner sous condition résolutoire.

Mais la prémisse du raisonnement d'Ihering n'est pas exacte, et les textes sur lesquels il s'appuie ne prouvent pas ce qu'il en veut déduire.

1° Ainsi, l'auteur cité soutient qu'en vertu de la L. 19, D. *De servit.*, 8, 1, on peut, en aliénant sa chose, retenir sur elle une servitude réelle qui ne serait pas utile au fonds dominant, alors qu'on ne pourrait à coup sûr acquérir sur le fonds d'autrui une servitude réelle de cette espèce.

Mais ce texte parle du cas où la servitude serait inutile, non pas au fonds, mais à la personne du propriétaire. D'ailleurs le jurisconsulte motive sa décision d'une manière qui n'a rien de spécial au cas de servitude retenue en aliénant : « *quædam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* »

2° Ihering cite encore la L. 6, pr. D. *Communia præd.*, 8, 4, qui n'exigerait pas la vicinité des immeubles en cas de servitude retenue en aliénant. Mais la

31. *Jahrbuch f. Dogmatik*, p. 549 et s., cité par Schulin, *op. cit.* p. 93.

L. 5, D. *Si serv. vind.* 8, 5, et la L. 39, D. *De serv. præd. urb.*, 8, 2, ne l'exigent pas non plus, bien qu'il y soit question d'une constitution directe de servitude sur le fonds d'autrui. On concilie tous ces textes en remarquant qu'un voisinage immédiat n'est pas requis, il faut seulement que la servitude puisse être utile au fonds dominant. Comp. L. 14, § 2, D. *De serv.* 8, 1 ; L. 1, pr., D. *De serv. præd. urb.* 8, 2.

3° Ihering invoque aussi la L. 13, D. *Communia præd.*, 8, 4. En vendant un fonds et en gardant le fonds voisin, on peut imposer au premier l'interdiction de pêcher le long du rivage qui le borde. Mais rien ne prouve que cette servitude ne puisse être établie directement.

4° L'auteur cité allègue encore que, malgré la règle posée dans la L. 61, D. *De pactis*, 2, 14 : *Nemo paciscendo efficere potest ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceret, aut ne vicino invito prædium alienet*, on permet à l'aliénateur d'interdire à l'acquéreur d'aliéner, et cela avec effet contre les tiers : L. 3 C. *De cond. ob causam*, 4, 6. Mais ce texte ne donne à l'aliénateur que la *condictio*, donc, ce que défend la L. 61, *in fine* citée, c'est uniquement une interdiction d'aliéner produisant effet à l'égard des tiers. Voy. aussi L. 75, D. *De cont. empt.* 18, 1 et L. 21, § 6, D. *De act. empti*, 19, 1 [32].

Ainsi le système d'Ihering ne trouve pas dans les textes la base qu'il y cherche.

277. — TROISIÈME SYSTÈME. — A l'époque classique la propriété transmise sous condition résolutoire ne revenait pas de plein droit à l'aliénateur. Celui-ci n'avait que des actions personnelles pour se la faire rendre. En effet la propriété ne saurait être transférée *ad tempus*.

32. La même réponse doit être faite aux arguments tirés par Ihering dans le même sens, de L. 1, D. *De religiosis*, 11, 7. — L. 9. C. *De pactis inter empt.*, 4, 54.

Cependant quelques jurisconsultes, notamment Marcellus, avaient admis une dérogation à cette règle dans le cas de vente avec *addictio in diem* [33] et par des raisons d'utilité pratique; le retour de plein droit de la propriété au vendeur présentait en effet pour lui un intérêt tout particulier lorsqu'il s'était réservé le droit de résoudre la vente s'il trouvait de meilleures conditions; il fallait bien qu'il redevînt propriétaire de plein droit pour pouvoir transférer la propriété au second acheteur, sans que le premier acheteur pût entraver cette nouvelle vente en aliénant la chose ou en la grévant de droits réels.

Ulpien suivit la doctrine de Marcellus et l'étendit même, quoique avec une certaine timidité, aux donations à cause de mort sous condition résolutoire [34].

Cependant cette doctrine, repoussée par presque tous les autres jurisconsultes, ne prévalut point tout d'abord, et sous Dioclétien même une constitution impériale [35] proclame encore l'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus*.

Mais sous Justinien tout change, le principe est abrogé [36], la doctrine d'Ulpien triomphe.

Ce système, qu'on peut appeler celui de l'école française [37], fut proposé pour la première fois en 1827, par Pellat, dans un concours; il l'inséra dans son excellent *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété* etc. p. 279-285, 2e édition, 1853. Développée plus tard par M. Bufnoir, *Théorie de la condition en*

33. L. 4, § 3, D. *De in diem* 18, 2. — L. 3, D. *Quib. mod. pig.* 20, 6.
34. L. 29, D. *De donat. mort. causa*, 39, 6.
35. Frag. Vat. § 283.
36. L. 2. C. *De don. quæ sub modo*, 8, 54, combinée avec le § 283 précité. — L. 26, C. *De legatis* 6, 37.
37. Savigny avait émis une idée analogue, quoique avec une certaine réserve, (Système, traduction Guenoux, t. IV, p. 256, § 171) mais en Allemagne on ne semble pas l'avoir suivi, parfois même on paraît ne pas connaître ce système.

droit romain, 1866, p. 136 et 177, adoptée aussi par M. Glasson, *Donations à cause de mort*, *Revue critique*, t. 35, p. 559 et suivantes, note, cette doctrine a été reproduite par les livres à l'usage des étudiants, par les thèses de doctorat, et semble faire maintenant partie intégrante de l'enseignement en France [38].

Comme une partie des développements qui vont suivre seront consacrés à l'examen de cette doctrine, nous nous contenterons, pour le moment, de cet exposé sommaire en ajoutant seulement deux observations.

1° Si la doctrine du retour de plein droit a triomphé sous Justinien, comment se fait-il que les compilateurs aient inséré, soit au Digeste, soit au Code, un assez grand nombre de textes qui en impliquent la négation?

Inadvertances, dira-t-on? Soit! mais elles sont bien nombreuses !

Puisqu'il y avait controverse entre les prudents, et que la grande majorité d'entre eux n'admettait pas que la propriété pût être transmise *ad tempus*, idée rejetée d'ailleurs aussi par des constitutions impériales, comment se fait-il que Justinien, s'il a voulu modifier sur un point si important la législation antérieure, n'ait point rendu à cet égard une constitution *spéciale*, lui qui l'a fait si souvent pour des controverses moins importantes?

2° Parmi les partisans de ce système, aucun, à notre connaissance, n'a cherché à justifier, autrement que par des raisons d'utilité pratique, la doctrine du retour de plein droit, et d'ailleurs sans se dissimuler qu'il y a un revers de médaille, puisque, si cette solution a de l'utilité pour l'aliénateur, elle est bien dangereuse pour

38. Voyez notamment, Ortolan, *Instituts*, t. II, n° 546. — Demangeat, *Traité élémentaire de droit romain*, troisième édition, t. I, p. 600 ; t. II, p. 355. — G. Bonjean, *Explication méthodique* des Institutes de Justinien, t. I, nos 1177-1181. — Accarias, I, n° 308, II, n° 614, etc.

les tiers qui auront traité avec l'acquéreur sans connaître le caractère résoluble de son droit [39].

Si encore Ulpien, auquel on attribue cette doctrine, nous disait franchement qu'il l'adopte pour des raisons d'utilité pratique!

Mais non, tantôt il la mentionne sans indiquer qu'elle est contestable [40], tantôt au contraire il l'énonce avec plus de réserve, mais alors il ajoute qu'elle est juridiquement défendable « *potest defendi* » [40 bis].

Il y avait donc des raisons juridiques à donner : pourquoi les partisans de ce dernier système n'ont-ils pas essayé de les découvrir? Ont-ils été découragés par l'insuccès manifeste des explications très variées données par les défenseurs du retour de plein droit à toute époque?

278. — Ainsi, dès qu'on admet le retour de plein droit, on se divise, et tout système basé sur cette idée compte dix adversaires pour un partisan. Cela prouve que toutes ces explications dogmatiques ou historiques sont peu satisfaisantes. Il faut revenir franchement au premier système, qui de l'aveu de tous résulte de l'ensemble des textes et des principes généraux du droit romain.

Seulement, il faut alors expliquer les textes qui lui paraissent contraires, et cela, sans les forcer ni les corriger, en s'appuyant sur des idées simples et pratiques. En cela l'étude approfondie que nous venons de faire de la Publicienne nous servira grandement.

Schulin, par une intuition qu'on ne saurait trop louer, a compris que là se trouvait la clef de ces difficultés, autrement inextricables. Mais il n'a pu faire précéder ses conclusions de cette longue, patiente, et parfois fas-

39. Accarias, t. 1, quatrième édition, p. 809, note 2 (n° 308.)
40. L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2.
40 *bis*. L. 29, D. *De mortis causa don*. 39, 6.

tidieuse étude, nécessaire pourtant pour déblayer le terrain, et pour construire sur de solides fondations.

Il a couru au but d'un trait; nous avons pris une voie plus longue, et probablement plus sûre. Enfin nous avons l'avantage inappréciable de venir après lui.

Il y aura sans doute bien des divergences dans l'exposition du système, dans les preuves à fournir à l'appui, dans les objections à combattre; nous aurons aussi nos vues particulières, et ce que nous allons dire différera souvent beaucoup de ce qu'il a dit, mais l'idée mère, l'idée principale, l'idée originale et féconde n'est pas notre œuvre, elle lui appartient en propre.

On comprendra maintenant pourquoi il nous faut revenir à la Publicienne.

Section II. — *De la Publicienne de l'ancien propriétaire, en cas d'aliénation volontaire sous condition résolutoire.*

279. — D'après le système de Schulin, la Publicienne n'est pas perdue de plein droit lorsque le possesseur publicien aliène volontairement la chose, elle peut seulement se heurter à une exception, qui elle-même sera dans certains cas brisée par une réplique, notamment lorsque l'aliénation a été faite sous condition résolutoire. Texte invoqué : L. 12 pr. D. *h. t.* — Commentaire de ce texte. — 280. Selon Schulin, dans le cas de ce texte, la femme divorcée a la Publicienne *après le divorce, en vertu de la donation* que lui avait faite son fiancé, et malgré qu'elle ait aliéné l'esclave donné en le constituant en dot. — Suivant Huschke au contraire, la femme a la Publicienne au titre *pro soluto*, en vertu de la restitution faite par le mari après le divorce. Discussion. — 281. Ce texte prévoit réellement le cas où la fiancée donataire intente la Publicienne *avant d'avoir aliéné l'objet en le constituant en dot*, il ne prouve donc rien en faveur du système de Schulin. — 282. Objections que soulève ce système. La Publicienne de celui qui a volontairement aliéné est, en principe, irrecevable de plein droit, parce qu'en aliénant il a volontairement renoncé au titre en vertu duquel il possédait; il ne peut plus se trouver *in via usucapiendi* avant d'avoir acquis un nouveau titre. — 283. Mais, dans l'aliénation sous condition résolutoire, cette renonciation se trouvant rétroactivement annulée par l'arrivée de la condition, l'aliénateur recouvre de plein droit son juste titre et la Publicienne. Ainsi modifié, le système de Schulin échappe aux objections qui lui ont été faites.

279. — La Publicienne est-elle perdue de plein droit

lorsque le possesseur publicien aliène volontairement la chose?

Schulin [41] dit non! Selon lui, l'action de l'ancien propriétaire (ou possesseur publicien) serait alors, non pas éteinte, mais seulement paralysée par une exception : d'où la conséquence que si le demandeur se trouvait en situation d'oppposer une réplique à cette exception, il gagnerait son procès, tandis qu'il le perdrait, si l'on considérait son action publicienne comme irrecevable de plein droit.

On devine tout de suite l'application que l'auteur cité fera de cette idée dans le cas d'aliénation sous condition résolutoire. Mais il lui faut d'abord justifier sa thèse, non seulement dans les cas de perte involontaire de la propriété ou d'aliénation extorquée, cas dans lesquels les textes la confirment en effet, ainsi que nous l'avons vu aux Chapitres XX, XXI et XXII mais encore dans l'hypothèse d'une aliénation *volontaire* et *libre*.

A l'appui de sa doctrine Schulin croit pouvoir invoquer la L. 12, pr. D., *h. t.*:

Cum sponsus sponsæ servum donasset, eumdemque in dotem accepisset ante usucapionem, rescriptum est a Divo Pio, divortio facto restituendum esse servum, nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam. Dabitur ergo et possidenti exceptio, et amissa possessione Publiciana, sive extraneus, sive donator possideat [41 bis].

Un fiancé avait donné un esclave à sa fiancée. Celle-ci le lui avait remis en dot avant de l'avoir possédé un an, temps requis pour l'usucapion des meubles.

41. *Ueber einige* etc., *passim*, notamment p. 79.

41 *bis*. « Un fiancé ayant donné un esclave à sa fiancée, et l'ayant reçu en dot avant que la donataire ne l'eût usucapé, Antonin le Pieux a décidé par un rescrit que cet esclave doit être restitué à la femme après le divorce, car la donation entre fiancés a été valable. On donnera donc à la femme une exception si elle possède, et la Publicienne si elle a perdu la possession, que ce soit un tiers ou le donateur qui possède l'esclave. »

S'il est ici question d'usucapion, c'est que sans doute le fiancé s'était borné à faire tradition de l'esclave, ce qui ne suffit pas pour transférer la propriété quiritaire des *res mancipi* [42].

Le jurisconsulte se demande en premier lieu si, après le divorce, l'esclave doit être restitué à la femme; en d'autres termes si la constitution de dot est valable?

On pourrait dire que non, parce que le mari, resté propriétaire quiritaire, n'a pas acquis au moment de la constitution de dot cette propriété qu'il avait déjà [43].

Mais peu importe! Il suffit qu'il ait acquis la propriété bonitaire; et il l'a en effet acquise de nouveau s'il l'a aliénée valablement, en d'autres termes si la donation qu'il a faite est valable, si elle est *perfecta*.

A la vérité, la donation d'une *res mancipi* n'est *perfecta*, et n'échappe à la prohibition de la loi Cincia, que s'il y a eu, non seulement tradition, mais encore mancipation [44], mais précisément les fiancés sont exceptés des prohibitions de la loi Cincia [45] et la tradition suffit alors [46] : aussi le rescrit d'Antonin, qui ordonne la restitution à la femme de l'esclave donné et constitué en dot, s'appuie-t-il sur ce motif: *nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam;* il est d'ailleurs évident que la libéralité échappe à la prohibition des donations entre époux, puisqu'elle est antérieure au mariage.

Cela posé, Paul en tire la conséquence que la femme, si elle possède, pourra opposer une exception à la re-

42. Telle est, selon toute vraisemblance, l'hypothèse prévue par le texte. Sous Justinien, pour qu'il ait quelque portée, il faut supposer que le fiancé, n'était pas propriétaire de l'esclave donné.

43. La L. 1. C. *De don. ante nupt.*, 5, 3, constitution de Septime Sévère et Caracalla, décide que la constitution de dot est nulle quand le mari reconnaît faussement avoir reçu en dot un objet, dont il n'a pas fait tradition à la femme antérieurement au mariage.

44. Frag. Vat. § 310, 311, 293, 259 etc.

45. Frag. Vat. § 302.

46. Ibid. § 293 : *Si exceptus fuisti, sola traditio sufficit.*

vendication du mari, et si elle a perdu la possession, intenter la Publicienne contre tout possesseur, fût-ce même le donateur.

280. — La question est de savoir *en vertu de quel juste titre* la femme jouit ici de la Publicienne? Est-ce à titre de donataire, en vertu de la tradition antérieure au mariage, ou bien au titre *pro soluto*, en vertu de la restitution faite par le mari après la dissolution du mariage?

Schulin n'hésite pas à décider que la femme agit ici en vertu de son ancien titre de donataire; selon lui la femme pourrait, après le divorce, obtenir par la Publicienne la restitution de l'esclave dotal. Cela prouverait que la femme n'a pas perdu la Publicienne qu'elle avait en vertu de la donation; l'action, paralysée pendant le mariage (car le mari lui aurait opposé l'exception *justi dominii* [47]), reprend toute sa force après le divorce, car l'exception serait alors brisée par une réplique basée sur l'obligation de restituer qui incombe au mari.

Suivant Huschke (*op. cit.*), si la femme a ici la Publicienne, c'est au titre *pro soluto*, en vertu de la restitution faite par le mari; le texte suppose cette restitution faite, la preuve c'est qu'il envisage d'abord l'hypothèse où la femme possède : «*dabitur ergo et possidenti exceptio,*» ce qui n'aura lieu normalement que si le mari a restitué [48]. Ensuite, passant à l'hypothèse où la femme

47. Ou, sous Justinien, l'exception de dol; voyez note 7 *supra*.

48. Schulin, *Vierteljahres.*, *loc cit.* fait à cette grave objection une réponse plus ingénieuse que solide. Il s'agit, dit-il (nous développons un peu) d'un esclave donné à la femme, affecté par conséquent à son service, et dont la destination n'a sûrement(?) pas changé par le fait que la femme l'a constitué en dot. Que l'on se rappelle, par exemple, dans l'*Asinaria* de Plaute, l'esclave dotal Saurca, important personnage, intendant dont le mari redoute la perspicacité, plus maître des affaires que Damétès lui-même (Plaute, *Asinaria*, vers 71). Supposons (chose vraisemblable) qu'un divorce suive la scène finale où Artémone surprend son mari soupant avec la courtisane Philénie, et demandons-nous en la possession de qui se trouvera alors l'esclave dotal? Il suivra sa maîtresse, c'est évident! Donc, dans l'ordre naturel des faits, ce sera la femme qui possédera.

ne possède pas, le texte suppose en premier lieu la possession aux mains d'un tiers (*extraneus*), en second lieu, aux mains du mari. Si la restitution n'avait pas eu lieu, le premier cas qui se serait naturellement présenté à l'esprit du jurisconsulte, c'est celui où la femme ne possède pas et où le mari possède encore [49]. Enfin Huschke ajoute que si l'interprétation de Schulin était fondée, la femme aurait eu, *dès l'époque classique*, une action *réelle* contre son mari pour se faire restituer sa dot, même mobilière! Justinien qui crée cette action [50], se serait figuré à tort qu'il innovait! N'est-il pas surprenant qu'aucun autre texte ne parle de cette action?

Cette argumentation est concluante, et il nous semble que Schulin, en alléguant ce texte, a plus compromis que fortifié sa thèse. Cependant, il invoque encore un dernier argument. Si, dit-il, le jurisconsulte se place après la restitution faite par le mari, comme le pense Huschke, alors pourquoi Paul invoque-t-il la décision d'Antonin et la validité de la donation entre fiancés? Valable ou nulle, qu'importe, si la Publicienne de la femme est basée, non sur cette donation, mais sur la restitution faite par le mari? Cette restitution serait dans tous les cas un juste titre!

L'objection, ingénieuse et embarrassante, tombe cependant si l'on se rappelle les rapports de la Publicienne et de l'usucapion. Non, la femme n'aurait pas la Publicienne si la donation avait été nulle, car alors elle aurait reçu une restitution qui ne lui était pas due; elle ne peut se croire créancière de cette restitution que si elle

49. Schulin (*loc. cit.*) répond que si le jurisconsulte suppose d'abord la Publicienne dirigée contre un tiers, c'est qu'alors elle réussira sans difficulté, tandis que le mari a une exception (*justi dominii*, voy. *supra* texte et note 12) qu'il faudra briser par une réplique : *sive* (*etiam* sous-entendu) *donator possideat*. Mais, puisque la Publicienne réunit dans tous les cas, il n'y a pas plus de difficulté dans un cas que dans l'autre. L'idée de Husche est bien plus vraisemblable.

50. L. 30, C. *De jure dot.* 5, 12.

croit la donation valable; or cette croyance reposerait sur une erreur de droit, et l'erreur de droit ne saurait, même au profit des femmes, autoriser l'usucapion [51]. Elle ne serait donc pas *in via usucapiendi*, et ne saurait avoir la Publicienne si la donation n'était pas valable.

281. — Mais, si l'interprétation de Schulin est inexacte, il ne faut pas adopter pour cela celle de Huschke. Tous les deux s'égarent, à notre gré, quand ils supposent la Publicienne intentée par la femme *après la dissolution du mariage*. S'ils avaient lu Pellat [52], où il y a tant de choses excellentes, ils n'auraient pas été, qu'on nous passe l'expression, chercher midi à quatorze heures.

Voici très certainement la véritable interprétation : *Le jurisconsulte se place après la donation, et avant la constitution de dot*; il invoque un rescrit décidant que l'esclave doit, en cas de divorce, être restitué à la femme, et motivé ainsi : *nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam*. La donation entre fiancés, échappant à la prohibition de la loi Cincia, est *perfecta* par la seule tradition, même s'il s'agit, comme dans l'espèce, d'une *res mancipi*. La donation étant *perfecta*, le fiancé, s'il revendiquait, (il est resté propriétaire quiritaire) serait repoussé par l'exception *rei donatæ et traditæ*, et ne pourrait briser cette exception par la réplique *legis Cinciæ*, puisque les fiancés ne tombent pas sous le coup de la loi (voy. *supra* notes 44, 45, 46). Remarquez que les donations entre fiancés étaient irrévocables à l'époque classique, même si le mariage venait à manquer. L. 15, C. *De don. ante nupt.* 5, 3, voy. Chap. XXIV, Section VII.

Voilà l'explication des mots : « *dabitur ergo et possi-*

51. L. 8, D. *De juris et facti ign.*, 22, 6 : *Juris error nec feminis in compendiis prodest.* L. 4, L. 17, *eod.*; L. 8, C. *eod.* 1, 18.
52. Pellat, *op. cit.* p. 562.

denti exceptio. » Si la donation n'était pas valable, la fiancée ne pourrait efficacement invoquer d'exception; puisqu'elle est valable, au contraire, l'exception (*rei donatæ et traditæ*) asurera la victoire à la fiancée donataire, restée en possession. Maintenant, si elle perd la possession, elle pourra intenter la Publicienne; elle a un juste titre, puisque la donation est valable. Si elle était nulle, tout le monde pourrait alléguer cette nullité[53], et la fiancée succomberait, n'ayant pu justifier d'un titre d'usucapion. Munie au contraire d'un juste titre, elle triomphera non seulement des tiers, mais encore du fiancé donateur, qui ne peut lui opposer ni l'exception *legis Cinciæ*, puisque la loi Cincia ne s'applique pas ici, ni l'exception *justi dominii*[53 bis], car cette dernière serait brisée par la réplique *rei donatæ et traditæ*.

En définitive, ce texte n'a aucun rapport avec la théorie de Schulin, et ne prouve nullement qu'une personne conserve la Publicienne (sauf, bien entendu, à la voir briser le plus souvent par une exception) malgré l'aliénation qu'elle a consentie.

282. — D'ailleurs, ce système aboutirait à des conséquences inadmissibles. S'il était exact, il faudrait dire, en supposant que la chose ait passé par les mains de dix acquéreurs successifs ayant eu droit à la Publicienne, que l'un quelconque d'entre eux pourrait intenter avec succès l'action contre un tiers possesseur *sans titre*. En vain Schulin allègue-t-il que, par suite du défaut d'intérêt, la condamnation serait égale à zéro, car l'estimation que fait le juge de l'action réelle ne porte pas sur l'intérêt du demandeur, mais sur la valeur de la chose réclamée (G., IV, §§ 48, 51). On pourrait, avec plus de vraisemblance, accorder au

53. Voy. Frag. Vat. § 266.

53*bis*. Cette exception serait basée sur ce que le donateur n'ayant pas mancipé, mais seulement livré l'esclave, en est resté propriétaire quiritaire.

défendeur l'exception de dol, basée sur le défaut d'intérêt du demandeur ; mais ne voit-on pas que nous tombons ici dans le domaine illimité des conjectures sans base sérieuse?

Le bon sens ne veut-il pas que la Publicienne de celui qui a aliéné soit, *de plano*, irrecevable?

Il n'y a donc qu'à rechercher et à formuler la raison juridique de cette irrecevabilité.

Supposons qu'un *possesseur publicien*, un possesseur in *via usucapiendi*, un propriétaire bonitaire si l'on veut, aliène la chose d'une façon quelconque, par exemple en la mancipant, ou en la cédant *in jure*. Cela peut se faire, la chose restant entre ses mains ; il pourrait encore l'aliéner par un constitut possessoire, en la vendant par exemple et en la prenant à bail de son acheteur. Cet individu, s'il perdait la détention de la chose, aurait-il la Publicienne ?

Evidemment non, et pourquoi ? Parce qu'il n'était plus possesseur *ad usucapionem*, il n'avait plus de juste titre !

Supposons encore qu'un possesseur publicien aliène par la tradition, puis ressaisisse la possession de la chose, même sans violence, clandestinité ou précaire ; aurait-il désormais la Publicienne ?

Evidemment non, faute de juste titre !

Par l'aliénation il a cédé à l'acquéreur tous les avantages que lui conféraient son titre et sa possession ; cela est si vrai que cet acquéreur pourra invoquer, pour compléter le délai d'usucapion, la possession à juste titre de l'aliénateur.

On voit donc que toute aliénation volontaire du possesseur *in via usucapiendi*, entraîne de sa part renonciation au titre en vertu duquel il possédait, si bien que s'il venait plus tard à ressaisir la possession, ce ne serait plus une possession propre à fonder l'usucapion ou à justifier la Publicienne.

Plaçons-nous maintenant au point de vue de la fiction contenue dans la formule de notre action.

Elle oblige le juge à supposer que le demandeur a possédé pendant un an, antérieurement à la litiscontestation[54], mais elle lui laisse le soin d'apprécier s'il y avait juste titre; la fiction ne supplée pas au titre.

Or, l'aliénation que le demandeur a, par hypothèse, consentie, impliquant de sa part renonciation à son titre, il en résulte que la possession qu'il est censé avoir eue de l'objet, postérieurement à cette aliénation, se trouve dépourvue de juste cause!

Donc le juge doit décider qu'il ne serait pas devenu propriétaire par usucapion, même en supposant qu'il possédait encore le jour qui a précédé la litiscontestation, et que ce jour vaut une année.

D'où il suit que la Publicienne est irrecevable en principe, si le demandeur a aliéné ; son action n'est pas fondée, le défendeur n'a besoin d'aucune exception pour l'en faire débouter. Ainsi l'aliénation entraîne pour l'aliénateur la perte de son juste titre : qu'importe que sa possession ait duré ensuite plus ou moins longtemps? Pour lui plus d'usucapion, et plus de Publicienne [55] !

54. L'année imaginaire ne se compte pas, ainsi qu'on l'a montré, depuis le jour où le demandeur a pour la première fois pris possession de l'objet, mais elle se compte en arrière à partir de la litiscontestation. Voyez ci-dessus Chap. XX, nº 243, note 2 et les renvois.

55. Cette manière d'expliquer les choses échappe à l'objection que Huschke a fait valoir contre la théorie de Schulin, théorie qui mènerait à admettre que tous les anciens possesseurs publiciens d'une chose auraient la Publicienne contre un tiers sans titre, la chose eût-elle passé par les mains de dix acquéreurs depuis qu'ils l'ont aliénée. Elle échappe encore à une autre objection, fort ingénieuse, que notre savant collègue, M. Audibert, a bien voulu nous indiquer. Dans le système de Schulin, l'aliénateur garde la Publicienne, sauf à la voir repoussée par une exception. Si cela était vrai, une donation supérieure au taux de la loi Cincia ne pourrait jamais être *perfecta*. On sait que la donation est *perfecta*, et échappe à la prohibition de la loi en question, toutes les fois que le donateur trouve dans le droit commun un moyen de réclamer la chose, et de se mettre ainsi sur la défensive. Par exemple, ayant donné une *res mancipi*, il s'est borné à la livrer, sans la manciper. Conservant la revendication, il peut briser par la réplique *legis Cinciæ* l'exception *rei donatæ et traditæ* qui lui serait opposée (Arg. §§ 259, 293, 310, 311, Frag. Vat., voyez

Ainsi l'aliénation fait perdre pour jamais la Publicienne, parce qu'elle implique renonciation au titre en vertu duquel on possédait.

283. — Mais qu'arrivera-t-il si cette renonciation au juste titre n'est pas irrévocable?

Dans une aliénation sous condition résolutoire, par exemple, peut-on dire que l'aliénateur a définitivement renoncé à son titre?

On a vu ci-dessus, Chapitre IX, Section II, que l'*acquéreur* sous condition résolutoire jouit de la Publicienne tant que la condition n'est pas arrivée, mais que, si elle se réalise, son juste titre s'évanouissant par là, il perd cette action [56]. Les textes ne laissent aucun doute sur ce point, ils portent en eux-mêmes la preuve que c'est de la Publicienne qu'ils parlent; à nos yeux la question n'est pas discutable, nous ne reviendrons pas ici sur les preuves fournies à cet égard.

Ainsi, pour préciser les idées, supposons une vente sous la condition résolutoire de l'*addictio in diem*, c'est-à-dire faite avec la clause que le contrat sera résolu rétroactivement (*res erit inempta*) si le vendeur trouve dans un certain délai un acheteur offrant de meilleures conditions. Le premier acheteur jouit de l'action publicienne tant que la condition résolutoire n'est pas accomplie (*uti in rem actione* [57] *potest*), mais après son accomplissement, il la perd (*postea non poterit*), L. 41,

Accarias, I, § 303). Cela posé, si le système de Schulin était exact, le donateur conservant toujours la Publicienne, pourrait, même après avoir mancipé et livré la chose, intenter cette action contre le donataire. Celui-ci opposerait, il est vrai, l'exception *justi dominii*, mais le donateur la briserait par la réplique *legis Cinciæ*; en sorte qu'il n'y aurait aucun moyen de rendre la donation *perfecta*, du moins du vivant du donateur.

56. L. 41, D., *De reiv.*, 6, 1. — L. 29, D. *De don. mort. causa*, 39, 6, toutes les deux extraites du livre 17 d'Ulpien *ad Edictum*, où il traitait de la Publicienne, voyez L. 77, D. *De reiv.* 6, 1 et ci-dessus, Chapitre IX, note 13.

57. Sur le nom d'*actio in rem* par lequel les textes désignent souvent la Publicienne, voyez ci-dessus, Chapitre XVIII.

D., *De reiv.*, 6, 1. Nous avons expliqué ce texte, *supra*. Chap. IX, Section II, nº 91 [58].

Mais alors qui est-ce qui jouit de la Publicienne? Il serait étrange qu'elle fût perdue pour l'acheteur sans être immédiatement acquise à un autre; la chose resterait ainsi sans défense!

Et si la Publicienne perdue pour l'acheteur doit revenir à quelqu'un, c'est incontestablement au vendeur qui en a besoin pour la reprendre et la livrer au nouvel acheteur!

Ce vendeur a renoncé à son juste titre lorsqu'il a vendu et livré, mais cette renonciation n'a pas été complète, absolue, elle n'a eu lieu que sous le bénéfice de la clause résolutoire. Par l'effet de la résolution, la chose est réputée *non achetée* (*inempta*); par conséquent aussi *non vendue* (*invendita* [58 bis];) le consentement, base du contrat, peut recevoir toutes les modalités, il peut s'anéantir lui-même par avance pour un cas donné [59]. C'est précisément ce qui a lieu ici, et si la vente, contrat consensuel, est résolue, si elle est pour ainsi dire rétroactivement anéantie, c'est que le consentement, qui en formait la base unique, est lui-même rétroactivement détruit par le mutuel dissentiment qui l'a suivi immédiatement et dont la condition, une fois arrivée, rétroagit.

Or, si le vendeur a perdu la Publicienne, c'est uniquement, on vient de le voir, par le motif qu'il a consenti à la perdre, qu'il a, en aliénant, renoncé à son juste titre! Cette renonciation, œuvre de sa volonté, doit s'anéantir, comme s'anéantissent ses obligations

58. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer plusieurs fois, ce texte est extrait du livre 17 d'Ulpien, *ad Edictum*, livre où il terminait l'étude de la Publicienne commencée au livre 16 après celle de la revendication, voyez ci-dessus, Chap. IX, texte et notes 13 à 15.

58 *bis*. L. 10, § 1, D. *De rescind. vend.* 18, 5.

59. Pour le développement de cette idée, voyez mon étude sur la *condition résolutoire dans les stipulations*, Nouvelle Revue historique 1879.

de vendeur, basées elles aussi sur son consentement. Dès lors la raison pour laquelle il ne pouvait plus user de la Publicienne s'évanouissant, il recouvre naturellement l'exercice de cette action.

Concluons de là que l'aliénateur sous condition résolutoire recouvre la Publicienne lorsque la condition se réalise, parce qu'il est alors censé n'avoir jamais renoncé à cette action.

Ainsi modifié, le système de Schulin échappe aux objections qu'on lui a opposées, voyez notamment *supra* note 55.

Présenté sous cette forme, il nous paraît tout à fait exact et nous allons voir que les textes le confirment.

CHAPITRE XXIV.

Publicienne de l'ancien propriétaire en matière de donations. De la règle : « proprietas ad tempus transferri nequit. »

Section I. — *Publicienne du donateur à cause de mort sous condition résolutoire. L. 29, L. 30, D. De mortis causa donationibus, 39, 6.*

284. — L. 29, D. 39, 6. — 285. Si la donation est faite sous condition suspensive, par mancipation ou tradition, le donateur a jusqu'à sa mort la revendication ; après lui c'est le donataire. — 286. Si la donation est faite sous condition résolutoire, Ulpien donne une *actio in rem* au donataire jusqu'à la résolution ; après la résolution il donne cette *actio in rem* au donateur. — 287. Cette *actio in rem*, c'est la Publicienne ; preuves. — 288. La fiction de la formule assurera gain de cause au donateur, car, en vertu de cette fiction il est censé avoir possédé suffisamment pour usucaper, et cette possession imaginaire, s'intercalant au moment de la litiscontestation, se trouve ainsi placée *après* la condition résolutoire arrivée. D'ailleurs le donateur remplit les conditions de la Publicienne, car la condition résolutoire annule sa renonciation à son juste titre. L'exception *justi dominii* du donataire serait brisée par la réplique de dol. — 289. L. 30, D. *De mort. causa don.* 39, 6. L'action utile donnée par ce texte au donateur qui révoque, ne peut être la revendication directe. C'est une action *in rem*, une *revendication utile*, expression qui désigne clairement la Publicienne. — 290. D'ailleurs cette action utile ne peut être aucune action réelle autre que la Publicienne. — 291. Résumé et transition.

284. — Nous venons de voir qu'Ulpien donnait la Publicienne à l'acheteur sous condition résolutoire, mais seulement jusqu'à l'arrivée de la condition, (L. 41, D. *De reiv.* 6, 1).

Lorsqu'il perd cette action, il est naturel que le ven-

deur la recouvre : il y avait renoncé, il est vrai, en aliénant, mais la condition résolutoire une fois arrivée annule cette renonciation.

Un autre texte d'Ulpien, extrait, lui aussi, du livre 17 *ad Edictum*, où il terminait l'étude de la Publicienne commencée à la fin du livre 16, confirme d'ailleurs tout à fait les idées que nous venons d'exposer au Chapitre précédent.

C'est la L. 29 D. *De don. mortis causa*, 39, 6, (voy. ci-dessus Chapitre IX, note 18), où le jurisconsulte nous dit cette fois ce que devient, après l'arrivée de la condition résolutoire, la Publicienne perdue à ce moment par l'acquéreur :

Si mortis causa res donata est, et convaluit qui donavit, videndum an habeat in rem actionem? Et si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem VINDICARE, *mortuo eo, tunc is cui donatum est. Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset, vel de prælio vel peregre rediisset, potest defendi* IN REM *competere donatori, si quid horum contigisset, interim autem ei cui donatum est. Sed si morte præventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit* IN REM *donatori.*

« Si une chose a été donnée à cause de mort, et que le donateur soit revenu à la santé, voyons s'il a l'action réelle. Si l'on a donné de telle façon que, si le donateur mourait le donataire aurait alors la chose, sans aucun doute le donateur pourra la revendiquer ; après sa mort ce sera le donataire. A l'inverse, si l'on a donné de façon à ce que le donataire devînt immédiatement propriétaire de la chose, mais la rendît si le donateur recouvrait la santé, ou s'il revenait du combat ou de l'étranger, on peut soutenir que l'action réelle compète au donateur si quelqu'un de ces événements se produit, et qu'en attendant elle appartient au donataire. Mais, même dans

le cas de prédécès du donataire, on pourra encore donner l'action réelle au donateur. »

La première partie du texte suppose la donation faite sous condition suspensive ; dans la seconde partie au contraire il s'agit d'une condition résolutoire.

Ce fragment s'explique aisément si l'on admet que par les mots *actio in rem*, employés dans la deuxième hypothèse, Ulpien désigne la Publicienne.

285. — Prenons d'abord le cas où la donation a été faite sous condition suspensive. Le donateur propriétaire peut réaliser la donation par une tradition, ou par une mancipation [1] si la chose est une *res mancipi*.

Il ne faut pas objecter que les actes légitimes sont annulés par l'insertion d'une condition suspensive [1 bis], car ici on n'a pas besoin d'insérer la modalité dans l'acte. Elle résulte suffisamment des circonstances : de la maladie du donateur, de son départ pour la guerre ou pour un voyage périlleux. C'est là une de ces conditions sous-entendues ou tacites, qui produisent leurs effets même dans les actes légitimes « *expressa nocent, non expressa non nocent* [2]. »

Un texte, L. 15, D. *De manumis.*, 40, 1, applique précisément cette idée aux donations à cause de mort. Il nous montre que si un esclave est affranchi *vindicta* à cause de mort, il ne deviendra libre que si le donateur décède : l'affranchissement par la vindicte constitue pourtant une cession *in jure*, acte légitime au premier chef.

Par conséquent si, la chose étant *mancipi*, le do-

1. Ou une *cessio in jure*, mais on sait qu'elle est moins usitée, parce qu'elle exige la présence du magistrat.

1 *bis*. L. 77, D. *De reg. juris*, 50, 17.

2. L. 195, D. *De reg. jur.* 50, 17. C'est ainsi par exemple que l'effet de l'acceptilation faite *dotis causa* est subordonné à la célébration du mariage, bien que l'acceptilation ne puisse être faite sous condition L. 77, citée, L. 43, D. *De jure dot.* 23, 3.

nateur la mancipe dans des circonstances qui donnent à l'acte le caractère d'une donation à cause de mort [3], la propriété ne sera transmise au donataire que si le donateur périt, et à ce moment seulement. Jusque-là le donateur, resté propriétaire, et propriétaire quiritaire, pourra revendiquer; « *poterit rem vindicare;* » lui mort, c'est le donataire qui aura l'action en revendication : « *mortuo eo, tunc is cui donatum est.* »

Et il en serait absolument de même si, la chose étant *nec mancipi*, le donateur en avait fait tradition.

Dans les deux cas, c'est l'action civile, la *rei vindicatio* que le jurisconsulte attribue au donateur, et, lui mort, au donataire ; il suppose donc que la donation a été effectuée au moyen des actes les plus propres à la réaliser parfaitement, à transférer la propriété quiritaire, donc par la mancipation, s'il s'agit de *res mancipi*. Si l'on s'était borné à en faire tradition, le donataire, à la mort du donateur, n'acquerrait pas la propriété quiritaire, ni par conséquent la *rei vindicatio* ; or Ulpien lui donne cette action sans aucune distinction.

286. — Dans la seconde partie du texte, maintenant, le jurisconsulte décide qu'on peut donner une action *in rem* au donateur sous condition résolutoire, une fois la donation révoquée ; jusque-là cette action *in rem* appartiendra au donataire : c'est là du moins son avis, et c'est à son gré une opinion très soutenable, mais non pas absolument incontestable [4].

3. En pratique il n'y aura pas de difficulté, l'écrit dressé pour constater la mancipation, et qui sert de *titre de propriété* à l'acquéreur, énoncera le plus souvent que cette mancipation a été faite *mortis causa*.

4. Il ne faut pas d'ailleurs s'imaginer que le « *potest defendi* » d'Ulpien indique une opinion absolument personnelle et isolée. Il emploie les mêmes expressions dans la L. 77, D., *De reiv.*, 6, 1, dans laquelle il attribue la Publicienne, sous le nom d'*actio in rem* (voyez plus haut Chap. IX, note 13), à un acquéreur qui a obtenu la possession par l'effet d'un constitut possessoire, ce qui équivaut à une tradition. Depuis longtemps (Celse, L. 18, pr. D. *De ad. pos.* 41, 2) on admettait l'acquisition de la possession par l'effet d'un constitut possessoire; la seule difficulté venait de ce qu'il n'y a pas ici à proprement

287. — Cette *actio in rem*, c'est la Publicienne, et ce ne peut être que la Publicienne.

D'abord cette expression *actio in rem* est employée par plusieurs jurisconsultes pour désigner notre action (voyez ci-dessus Chapitre XVIII).

Ulpien, dans un texte extrait du même livre 17 de son traité *ad Edictum*, la L. 77, D. *De reiv.*, 6, 1, l'appelle de ce nom ; il est à remarquer que les expressions « *posse defendi* » se retrouvent également dans ce fragment, qui, dans le traité, était sans doute très voisin de la loi 29, puisqu'il s'agit dans les deux textes de donation, soit entre-vifs, soit à cause de mort.

Dans ce livre 17, Ulpien terminait son commentaire de la Publicienne, commencé au livre 16 [5]; il est donc de plus en plus vraisemblable que ces mots désignent la Publicienne.

L'analogie de situation avec la loi 41, D. *De reiv.*, 6, 1 [6], mène encore à la même conclusion.

Dans ce fragment Ulpien attribue la Publicienne à

parler de tradition ; or la lettre de l'Edit exige la tradition comme condition de la Publicienne. Mais nous avons vu (Chapitre XIII) les extensions que la jurisprudence avait données à l'Edit, en se basant sur son esprit. La tradition exigée par l'Edit peut être remplacée par des actes équipollents. Ulpien L. 9, § 1 D. *De Publ.*, 6, 2 nous dit : *Si quis rem apud se depositam... emerit, pro tradita erit accipienda*; quoique Gaius., L. 9, § 5, D. *De adq. rer. dom.*, 41, 1 déclare qu'il n'y a pas dans ce cas de tradition. — C'est peut-être pour ce motif qu'Ulpien, dans la L. 77 citée, s'exprime avec réserve : *posse defendi in rem ei competere*, c'est-à-dire: bien qu'il n'y ait pas eu, à proprement parler, de tradition, on peut soutenir que la Publicienne compète, le constitut possessoire équivalant à une tradition. Nous ne croyons pas du tout que la raison de douter vienne de ce qu'il s'agissait d'une donation. Les difficultés qui ont pu s'élever à cet égard, et qui avaient pu faire douter de la validité de la donation (L. 28, L. 35, § 5, C. *De don.*, 8, 54) ne portent que sur le cas où le donateur a gardé la chose entre les mains parce qu'il s'en est réservé l'usufruit. On pouvait en effet se demander s'il y avait là un dessaisissement suffisant pour rendre *perfecta* une donation *entre vifs*, car pour les donations à cause de mort il n'y avait pas de difficulté (L. 42, pr. D. *De don. mortis causa*, 39, 6); la réserve d'usufruit y est usitée.

5. *Sic* Lenel et Ruddorf, dans leurs grands traités sur l'Edit. Voyez ci-dessus Chapitre IX, texte et note 13.

6. Ce texte, lui aussi, est tiré du livre 17 d'Ulpien sur l'Edit ; comme la L. 77. D. *eod.*, il porte d'ailleurs en lui-même la preuve que les mots *actio in rem* y sont employés dans le sens de Publicienne; voyez *supra*, Chapitre IX, nº 91.

l'acheteur sous la condition résolutoire de l'*addictio in diem*, et cela tant que la condition n'est pas arrivée.

De même, dans la L. 29, D. *De m. c. don.*, il donne l'*actio in rem* (la Publicienne) au donataire, tant que la donation n'est pas révoquée par l'arrivée de la condition résolutoire.

Si Ulpien veut parler ici de la revendication, pourquoi ne l'appelle-t-il pas par son nom, comme il le fait au début du fragment (*poterit rem vindicare*); serait-ce uniquement pour varier son style qu'il change ainsi d'expression? Mais alors pourquoi répéter ensuite deux fois les mêmes mots : *in rem actio?* D'ailleurs, on le sait, si quelqu'un se préoccupe peu, en général, de la variété du style, c'est précisément Ulpien.

Avec la Publicienne tout s'explique naturellement, et l'on évite les inextricables difficultés dans lesquelles les modernes se sont jetés pour ainsi dire à plaisir.

Le donataire a la Publicienne tant que la condition résolutoire n'est pas arrivée, car il a un juste titre, la donation; mais dès qu'elle est révoquée, plus de juste titre, partant plus de Publicienne !

L'acheteur sous condition résolutoire, tant que la condition était en suspens, avait la Publicienne, car il usucapait [7], il était un acheteur pur et simple; dès qu'elle est arrivée, il n'est plus un acheteur, la vente étant résolue, il n'usucape plus, il n'a plus la Publicienne.

La donation résolue, le donataire n'a donc plus la Publicienne : dès lors il est tout naturel que le donateur la recouvre; la fiction de la formule lui permettra en effet d'intenter avec succès cette action.

288. — On peut montrer d'une autre façon que le donateur doit avoir la Publicienne dès que la donation est révoquée.

7. Ci-dessus Chapitre IX, *initio* et les textes cités.

Si le donateur avait réellement possédé la chose pendant l'année ou les deux ans qui ont précédé le procès qu'il intente contre le donataire; si, par exemple le donataire étant prédécédé, le donateur s'était ressaisi de la chose et l'eût possédée pendant le délai voulu, il l'aurait certainement usucapée.

Prenons un cas concret :

Acheteur de bonne foi d'un esclave, je le donne immédiatement à cause de mort, et sous condition résolutoire, à Primus. Primus prédécède. Je reprends l'esclave spontanément et je le possède pendant un an; sans aucun doute je l'usucaperai !

Eh bien, la fiction de la Publicienne fait précisément supposer à mon profit cette possession qui s'intercale ainsi immédiatement avant la litiscontestation du procès intenté par le donateur contre le donataire ou ses héritiers, et par conséquent *après* l'arrivée de la condition résolutoire. C'est à ce moment que se place l'année imaginaire; il ne faut pas la faire commencer au moment de l'acquisition originaire, c. à. d. au moment où j'ai reçu tradition en vertu de l'achat que j'avais effectué jadis. Nous avons essayé d'apporter des preuves multiples à l'appui de cette idée; il nous suffira d'en rappeler une seule [8].

Si l'année imaginaire se plaçait immédiatement après la tradition reçue, et non pas, comme nous le soutenons, immédiatement avant la litiscontestation, alors on arriverait au résultat absurde que voici :

Acheteur de bonne foi de l'esclave d'autrui, j'en perds la possession : je la recouvre par la Publicienne, ou d'une manière quelconque, mais à une époque où ma bonne foi a disparu; mon erreur est dissipée, je sais que l'esclave est à autrui.

8. Voyez Chapitre XX, note 2, et les renvois. Voyez surtout Chapitre XV, note 129, Chapitre XXII, note 12.

Mon usucapion a été interrompue, donc le temps de possession déjà accompli est perdu, et je ne puis plus usucaper désormais, puisque je ne suis plus de bonne foi « *nam initium secundæ possessionis vitiosum est.*[9] »

Dans ces conditions, je perds de nouveau la possession : aurai-je la Publicienne, moi qui ne suis plus *in via usucapiendi?*

Je l'aurai si l'on admet que l'année imaginaire doit se placer après le jour de mon acquisition originaire, car si le juge suppose que j'ai possédé un an après avoir acheté et avoir reçu tradition, il devra nécessairement en conclure que je suis devenu propriétaire.

Telle est en effet la conclusion de Pellat [10].

Autant de fois je perdrai la possession, autant de fois on me donnera la Publicienne, et cette usucapion que l'on feint toujours à mon profit, je ne l'accomplirai jamais!

Conséquence logique, mais absurde, qui condamne les prémisses dont elle découle invinciblement.

Par conséquent ce n'est pas après la prise de possession première, initiale, qu'il faut placer l'année imaginaire, c'est immédiatement avant la litiscontestation, avant la délivrance de la formule de la Publicienne, qu'elle s'intercale.

Cette fiction ne supprime nullement d'ailleurs le fait de la dépossession résultant de l'aliénation; elle se combine avec lui : d'une part il est constant que le donateur a perdu la possession lorsqu'il a donné, d'autre part le juge doit cependant supposer qu'il a possédé un an et intercaler cette année *immédiatement* avant la litiscontestation du procès (Publicienne) que le donateur intente, et par conséquent *après* la condition

9. L. 15, § 2, D. *De usurp.*, 41, 3. — L. 7, § 4 D. *Pro empt.*, 41, 4, ci-dessus Chapitre XV, note 114.
10. Pellat, p. 516.

résolutoire accomplie; cela aboutit forcément à feindre que le donateur a *repris* possession après la résolution de la donation [11]. Or, s'il avait repris possession il eût certainement usucapé, car il n'avait pas définitivement renoncé à son juste titre d'usucapion, il n'y avait renoncé qu'en vue et sous la condition d'une éventualité (sa mort) qui ne s'est pas réalisée : donc ce juste titre originaire, un achat par exemple, reprend toute sa force, donc le donateur serait *in via usucapiendi* s'il possédait [12], donc il a la Publicienne !

Maintenant, à cette Publicienne, le donataire, devenu propriétaire *ex jure quiritium* [13], pourrait opposer l'exception *justi dominii* ; mais le donateur la brisera aisément par la réplique de dol, car il y a manifestement dol de la part du donataire à vouloir retenir la propriété malgré la résolution de la donation.

289. — Un autre texte d'Ulpien, que les compilateurs ont intercalé immédiatement après la L. 29, vient encore confirmer l'idée que l'*actio in rem* dont parle le jurisconsulte est bien la Publicienne.

L. 30, D. *De m. c. don.*, 39, 6 : *Ulpianus lib.* XXI *ad Edictum* : *Qui mortis causa donavit, ipse ex pœnitentia condictionem vel utilem actionem habet.*

11. Cette reprise peut d'ailleurs s'opérer réellement par l'effet d'un constitut possessoire. Dès qu'il apprendra que le donateur a échappé au péril, le donataire, s'il est loyal, s'empressera de se constituer détenteur pour le compte du donateur, et de tenir la chose à sa disposition. C'est ainsi que les choses se passeront normalement; le donataire y est moralement tenu, il faut supposer qu'il fait ce à quoi la bonne foi et la reconnaissance l'obligent. Il y a plus de difficulté dans le cas où la donation se résout par le prédécès du donataire, car il est plus malaisé d'admettre ce constitut possessoire accompli par les héritiers du donataire ; il faut alors supposer que le donateur a spontanément repris possession. C'est peut-être parce qu'il y a plus de difficulté dans ce cas, qu'Ulpien le traite à part, et semble ne donner alors la Publicienne qu'avec plus de réserve encore : *Sed et si morte prœventus est is, cui donatum est*, ADHUC QUIS *dabit in rem donatori*, L. 29 citée, D. *De m. c. don.*, 39, 6.

12. Et que sa bonne foi subsistât bien entendu, car, dès qu'il y a perte et reprise de possession, il faut la bonne foi au début de la seconde possession, L. 15, § 2, D. *De usurp.*, 41, 3, L. 7 § 4, D. *Pro emptore*, 41, 4. Voyez ci-dessus, Chapitre XV, note 114.

13. Voyez ci-dessous Section II, nos 294, 295.

La L. 29 ne prévoyait pas toutes les causes de révocation, elle en omettait une, le repentir du donateur, aussi les compilateurs ont-ils cherché à compléter l'énumération par un texte emprunté à Ulpien lui-même. Il s'agit de savoir quelle est cette *utilis actio*, donnée en cas de repentir du donateur ?

D'après les plus zélés et les plus savants partisans de la théorie française, selon laquelle Ulpien aurait admis le retour de plein droit de la propriété au donateur, cette *utilis actio* ne serait autre que l'*actio in rem* de la L. 29 [14]. Sur ce point nous serons d'accord avec eux : le rapprochement opéré entre les deux textes par les compilateurs ne laisse guère de doute à cet égard, mais ces écrivains ajoutent qu'il s'agit de la revendication, ce que nous ne pouvons admettre.

Si, avec la grande majorité des auteurs, on voit dans l'*actio utilis* de la loi 30 une action *in rem* [15], il devient de plus en plus vraisemblable qu'il s'agit de la Publicienne.

D'une part, en effet, cette expression d'action utile ne convient nullement à la revendication, qu'Ulpien aurait donnée, selon certains interprètes, parce qu'il

14. Glasson, *Revue critique*, t. 35, p. 456 et t. 36, p. 476. Dans ce dernier passage, l'éminent professeur dit que dans la L. 30, Ulpien parle de la *condictio* pour le cas de révocation *ex pœnitentia*, et de l'action utile en revendication pour toutes les autres hypothèses. C'est une inadvertance certaine, car Ulpien, dans le cas de révocation donne le choix entre l'*utilis actio* et la *condictio*, bien loin de repousser la première dans ce cas; c'est donc bien à tort que l'auteur cité conclut de là qu'Ulpien n'admettait pas le retour de plein droit dans le cas de révocation. — D'autres auteurs, Savigny, t. IV, p. 259, § 171, Keller, *Pand.* § 69, note 19, Bufnoir, *Condition*, p. 488, voient dans l'action utile de la loi 30 l'action *prœscriptis verbis*, ce qui n'est pas possible, car cette action civile ne saurait être qualifiée d'*utile*. La grande majorité des auteurs (voyez la liste dans Schulin, *Ueber einige*, p. 79, n. 79) pense qu'il s'agit d'une *actio in rem utilis*; quelques-uns et un scholiaste des Basiliques, (Bas. 47, 3, 30) y ont vu une action *in factum*, comme dans la L. 18, § 1, D. 39, 6. Voyez Glasson, *Rev. crit.* t. 35, p. 475 et s. — t. 36, p. 53 et s.

15. La loi 15, C. *De don. ante nup.* 5,'3, doit être rapprochée de la L. 30, D. *De m. c. don.* Une donation a été faite, *matrimonii causa*, par un fiancé à sa fiancée et le mariage a manqué par la faute de celle-ci. Constantin décide que la donation est alors révoquée, et que le fiancé peut reprendre la chose donnée « *per conditionem, aut per utilem actionem in rem.* »

admettait le retour de plein droit de la propriété. S'il en était ainsi, c'est la revendication directe et non pas *utile* qui compéterait au donateur.

Pour expliquer cette épithète, M. Pellat, p. 282, note 1, allègue qu'Ulpien qualifie ici d'*utilis* l'action *in rem* que dans la L. 29 il avait proposé d'introduire, parce que son introduction était un écart des principes consacrés. M. Glasson (*Rev. crit.* t. 35, p. 456) suit trop docilement (à notre gré) cette explication qui n'explique rien.

Comme s'il dépendait d'un jurisconsulte de faire d'une action directe une action utile, par une sorte de miracle, et rien qu'en la qualifiant d'action utile !

Sans doute toutes les actions utiles sont données dans des cas où l'action ordinaire ne réussirait pas, et par conséquent le *résultat* d'une action utile constitue une dérogation aux principes du droit. Mais, pour que l'action utile réussisse là où l'action ordinaire n'aboutirait pas, il faut nécessairement que leurs formules diffèrent. Si elles étaient identiques, ce serait une seule et même action, ce serait toujours l'action directe.

Sous le système formulaire on doit voir, à la formule même d'une action, si elle est directe ou utile. Toute action *utile* est nécessairement *fictice* ou *in factum* [16].

De deux choses l'une : ou bien l'on se trouve dans un cas où une action du droit civil serait recevable, et alors cette action se présente avec sa formule ordinaire, elle est *directe*, et non pas *utile* ; ou bien l'action civile ne réussirait pas, et alors pour arriver au but il faut une formule autrement rédigée, c'est-à-dire une action utile.

Lorsque l'utilité pratique veut qu'une personne

16. Comp. G. II, § 253 ; IV, §§ 38, 34 cbn. avec Ulp. *Reg.* 28, § 12. L. 26 § 3, D. *De pact. dot.*, 23, 4. — L. 12, § 6, D. *Mandati*, 17, 1, cbn avec L. 46, *in fine* D. *De hered. instit.*, 28, 5.

ait une certaine action que les principes du droit lui refusent, on modifie la formule de l'action de manière à l'accommoder au cas en question, et cette action ainsi modifiée dans sa formule est dite *utile*.

Cela posé, l'action *in rem* dont parle Ulpien dans la L. 29, est-elle la revendication avec sa formule ordinaire, c. à. d. la revendication *directe* ?

Si oui, le jurisconsulte ne peut pas lui donner le nom d'utile dans la loi 30 !

Pourtant les auteurs cités admettent qu'il s'agit d'une seule et même action !

Il ne reste plus qu'une hypothèse : l'*actio in rem* est véritablement une *action réelle utile*, une revendication *utile*, c. à. d. une revendication dont la formule n'est pas tout à fait celle de la revendication ordinaire, ou *directe*.

Or, la Publicienne répond parfaitement à ce signalement : sa formule, c'est celle de la revendication, légèrement modifiée par la fiction que nous connaissons.

D'ailleurs le nom d'action réelle *utile* lui convient de tout point.

C'est une action réelle, nul ne le conteste ; et c'est une action utile, puisque c'est une action fictice, et que toute action fictice peut être qualifiée d'utile. Les actions fictices sont en effet les actions ordinaires étendues par des raisons d'*utilité*, et au moyen d'une fiction, à des cas pour lesquels elles n'avaient pas été faites. Les textes appellent utiles des actions fictices [17].

D'où il résulte que l'action réelle de la L. 29, D. *De don. m. c.* est très vraisemblablement la Publicienne.

17. Voyez la note précédente. — Justinien (Inst. IV, 6, § 4), oppose la Publicienne à la revendication directe : *non habet directam in rem actionem... sed quia sane durum erat* etc. — Ainsi la revendication est l'*actio in rem directa*. *Utilis* s'oppose à *directa* : (L. 47, § 1, D. *Neg. gest.*, 3, 5) ; donc la Publicienne, donnée *ad exemplum rei vindicationis* (L. 35, D. *De O. et A.*, 44, 7), peut et doit être appelée *utilis in rem actio*. Voyez encore Accarias, t. II, nos 791 et 817.

N'oublions pas que dans le livre dont ce fragment a été tiré, Ulpien traitait de la Publicienne !

290. — Si l'action dont parle la L. 29 n'était pas la Publicienne, quelle autre action *in rem utilis* pourrait-ce bien être ? Nous n'en connaissons aucune autre qui puisse convenir ! Il faudrait que ce fût une action spéciale, une formule toute particulière. Comment l'imaginer ? Sur quelles bases la reconstruire ? Comment se fait-il qu'Ulpien n'en précise pas la nature et qu'aucun autre texte n'en parle ?

Ulpien lui-même, si grand jurisconsulte qu'il fût, ne pouvait pas avoir la prétention de créer de toutes pièces une formule nouvelle. C'eût été l'affaire du préteur, et encore, depuis l'Edit de Salvius Julien, consacré par l'Empereur et par le Sénat, aucun préteur n'eût osé, sans la sanction impériale, opérer une aussi grave innovation ! Non ! l'action *in rem* utile dont parle Ulpien est évidemment une action *connue*, *qu'il estime applicable dans l'espèce*, et si l'on se souvient que dans le livre 17 dont est extraite la L. 29, Ulpien s'occupait particulièrement de la Publicienne, l'idée que l'*actio in rem* dont il parle est la Publicienne même, arrive à un degré de probabilité voisin de la certitude.

291. — Résumons-nous :

Le seul obstacle qui s'oppose normalement à ce qu'un aliénateur puisse intenter la Publicienne, c'est que, par son aliénation, il a renoncé à son juste titre, et n'en a pas acquis un nouveau.

Mais s'il a aliéné sous condition résolutoire, cette renonciation s'évanouit à l'arrivée de la condition.

Telle est l'explication, à notre gré la plus vraisemblable, de l'*actio in rem* donnée par Ulpien.

Pour que cette explication soit bien en harmonie avec la manière dont le jurisconsulte s'exprime (*potest defendi... adhuc quis dabit*) il faut qu'elle soit admissible,

soutenable, qu'elle s'appuie sur un raisonnement plausible, et ne soit pas par conséquent le renversement des principes les plus essentiels du droit romain, reproche que l'on peut adresser à juste titre à la doctrine qui impute à Ulpien la théorie révolutionnaire de la propriété revenant de plein droit au donateur !

Mais il faut aussi, pour que l'explication corresponde aux termes dont se sert Ulpien, qu'elle puisse donner lieu à quelque contestation, soulever des objections, qu'elle ne s'impose pas avec un caractère d'évidence.

De ce côté-là, du moins, la doctrine qui voit la Publicienne dans l'*actio in rem*, ne rencontrera sans doute aucune objection de la part de ses adversaires, et, à ce point de vue, les arguments qu'on peut faire valoir contre elle, à moins d'être tout à fait décisifs, pourraient presque être invoqués pour la confirmer !

On concédera peut-être que les considérations ci-dessus exposées permettent d'admettre que l'action *in rem* de la loi 29 pourrait bien être la Publicienne, mais on ajoutera peut-être qu'elles ne démontrent pas rigoureusement que ce soit effectivement la Publicienne.

Il faut donc faire un pas de plus, il faut essayer de prouver que cette *actio in rem* doit nécessairement être la Publicienne, parce que ce ne peut être la revendication : c'est ce que nous allons faire dans la Section suivante.

Section II. — *L'action in rem de la L.* 29, *D.* 39, 6, *ne saurait être la revendication.*

292. — Si l'action *in rem* dont parle Ulpien n'est pas la Publicienne, il faut que ce soit la revendication. — 293. Donner la revendication c'est admettre que la propriété revient de plein droit au donateur. Systèmes qui ont cherché à échapper à cette conséquence en admettant qu'Ulpien parlait d'une *res mancipi* que le donateur avait seulement livrée, conservant ainsi la propriété quiritaire et par conséquent la revendication (Scheurl et Czyhlarz). —

Réfutation. — 294. D'ailleurs il ne faut pas dire en général que, lorsque la donation *mortis causa* portait sur une *res mancipi*, on se contentait de la livrer sans la manciper : L. 39, L. 37 § 1, D. 39, 6. — 295. Autres preuves à l'appui de l'idée que la propriété quiritaire est transmise au donataire : *condictio* donnée au donateur; particularité des donations *m. c.* entre époux, L. 9 § 2, L. 11 pr., D. 24, 1, L. 42 pr., D. 39, 6. — 296. Autre système donnant la revendication sans admettre le retour de plein droit (Engelmann). — Réfutation.

292. — Ulpien donne au donateur sous condition résolutoire une action *in rem* pour reprendre l'objet donné; il ne précise pas davantage la nature de cette action *in rem*, par conséquent il doit avoir en vue une action *in rem* bien connue, et non pas une action spéciale, nouvelle, inventée pour le bénéfice de l'aliénateur sous condition résolutoire. Un jurisconsulte ne saurait d'ailleurs avoir la prétention de créer de toutes pièces une action, et d'empiéter ainsi sur les attributions du préteur; ce premier point ne sera contesté par personne.

Par conséquent, comme il s'agit ici de la propriété, l'action réelle dont il est ici question, est une action sanctionnant la propriété. Or, il n'y a que deux actions de ce genre : la revendication et la Publicienne; il faut donc de toute nécessité que l'*actio in rem* de la loi 29 soit l'une ou l'autre de ces deux actions.

Par suite, si l'on parvient à démontrer qu'Ulpien n'a pu donner ici la revendication, il sera par là même prouvé qu'il a entendu parler de la Publicienne.

C'est cette démonstration que nous allons essayer de présenter.

293. — Donner la revendication c'est nécessairement admettre que la propriété est revenue de plein droit au donateur ; l'école française le reconnaît unanimement.

Parmi les Romanistes allemands au contraire, il en est qui, reculant devant cette conséquence, ont essayé d'y échapper par diverses explications.

1° D'après Czyhlarz, *Zur Lehre von der Resolutivbedingung*, p. 91 et suivantes, et Scheurl, Beitrage II, 2e partie (*Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschæften*) p. 236 et s., Ulpien, dans la loi 29, parlait d'une chose *mancipi* que le donateur s'était borné à livrer sans en faire mancipation. Dès lors, la condition résolutoire étant arrivée, le donateur pouvait intenter la revendication qu'il avait conservée comme propriétaire quiritaire, sans avoir à craindre désormais que cette action se heurtât à l'exception *rei donatæ et traditæ*, puisque la donation est révoquée.

Mais d'abord le texte ne présente aucune trace d'altération. Puis cette interprétation ne convient pas au droit de Justinien, sous lequel la distinction entre les *res mancipi* et *nec* est abolie, elle n'explique pas le texte en tant qu'il fait partie de la compilation. Aussi Scheurl est-il forcé pour le droit de Justinien d'admettre le retour de plein droit de la propriété, et Czyhlarz d'enseigner que l'action réelle est une *utilis actio*, qu'il ne détermine pas d'ailleurs et qui, selon lui, ne procéderait pas contre les tiers, sous Justinien [8].

Dans ce système, le donataire aurait été simple propriétaire bonitaire, et l'action *in rem* que lui attribue Ulpien, avant la révocation de la donation, serait évidemment la Publicienne.

Mais quand Ulpien dit : *in rem competere donatori... interim autem ei cui donatum est*, n'est-il pas évident que c'est la même action *in rem* qu'il attribue

8. Czyhlarz diffère d'ailleurs de Scheurl en ce qu'il pense que dans le second cas prévu par la L. 29, il n'y avait pas de condition résolutoire, mais seulement une obligation de retransfert : « *redderet* ». Le donateur briserait alors par une réplique de dol, l'exception *rei donatæ* qui lui serait opposée. Cela, à la rigueur, est admissible ; mais Czyhlarz se trompe évidemment quand il ajoute, p. 93 *in fine*, que du temps d'Ulpien, la revendication réussirait contre les tiers. En effet l'exception *rei donatæ* qu'ils invoqueraient du chef de leur auteur *le donataire*, ne pourrait pas alors être brisée par la réplique de dol; arg. L. 4, § 31, D. *De doli mali except.*, 44, 4, du moins s'il s'agissait d'acquéreurs à titre onéreux.

successivement aux deux parties? Si donc cette action est la Publicienne dans un cas, c'est aussi cette action-là dans l'autre; du moins il y a toute raison de le penser.

Si le texte est pur, il dément d'ailleurs lui-même l'idée que le donateur se serait borné à livrer une *res mancipi*, car, pour le cas de condition suspensive, il accorde la *rei vindicatio* au donataire, à la mort du donateur, ce qui ne peut avoir lieu que s'il acquiert à ce moment la propriété quiritaire.

Si Ulpien avait eu en vue le cas de tradition d'une *res mancipi*, il n'aurait pas donné sa solution sous la forme « *potest defendi* », il aurait dit : « *constat* » car il est évident que le donateur aurait alors une revendication efficace. En vain Scheurl, pour expliquer le *potest defendi*, allègue-t-il qu'on peut hésiter sur la question de savoir s'il y a ici donation sous condition résolutoire, ou donation *sub modo*, à charge de restituer; la revendication sera toujours évidemment efficace, car, dans ce second cas, l'exception *rei donatæ et traditæ* que voudrait opposer le donataire, serait brisée par une réplique de dol, basée sur son obligation de restituer.

294. — Les auteurs que nous réfutons ici, pour corroborer leur système, ont prétendu que les Romains, dans les donations à cause de mort des *res mancipi*, avaient l'habitude de se borner à faire tradition, de sorte que la propriété quiritaire restait au donateur.

La L. 29, dans sa première partie, montre déjà le contraire, ainsi que nous l'avons vu au n° précédent. D'ailleurs, s'il en était ainsi, si le donateur d'une *res mancipi* se bornait à la livrer, gardant aussi la revendication, qui serait efficace après la résolution de la donation, on ne comprendrait pas que les jurisconsultes aient omis de nous signaler ce moyen si simple et si efficace de reprendre la chose, et ne nous aient parlé,

du moins pour la plupart, que de la *condictio*, action personnelle.

Voici par ex. la L. 39, D., *eod.* (Paul): *Si is cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit sibi posse condici, si convaluerit donator.*

L'affranchissement était donc pleinement valable, et le donateur réduit à réclamer par la *condictio* la valeur de l'esclave. Cette décision serait inexplicable si l'on n'admettait pas que le donateur avait mancipé l'esclave au donataire et lui avait par conséquent transféré la propriété quiritaire, car, s'il était resté propriétaire quiritaire, il aurait eu la revendication contre le donataire; ce dernier ne possède plus, il est vrai, mais c'est par son dol: puisqu'il sait qu'il peut être obligé de restituer, c'est un dol que de rendre cette restitution impossible en affranchissant l'esclave [9].

Citons encore, avec Schulin dont nous suivons ici la doctrine, la L. 37 § 1. D. *De mort. causa don.*, 39, 6, (Ulpien).

Julianus ait: si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit, et hoc vivo donatore fecerit, pretii condictionem donator habebit, si convaluisset, et hoc donator elegerit, alioquin et ipsum servum restituere compellitur.

Ainsi le donateur a ici le choix de réclamer par la *condictio* [10] soit le prix que le donataire a touché, soit,

9. On devrait même aller plus loin et admettre contre l'esclave la *petitio in servitutem* au profit du donateur. L'esclave affranchi par un propriétaire bonitaire ne peut être protégé contre le *dominus ex jure quiritium*, que dans la mesure où le manumisseur pouvait invoquer l'exception *rei donatæ et traditæ*; voyez Schulin, *loc. cit.*

10. *Sic :* Savigny, § 171, note h. — Schulin, *loc. cit.* — M. Glasson, Revue crit. 1869, t. 35, p. 475, partant de l'idée qu'Ulpien accorde la revendication en cas de donation sous condition résolutoire, (ce que la L. 29 *eod.* ne prouve nullement, à notre gré) pense que dans ce fragment le jurisconsulte a entendu donner au donateur le choix entre la revendication de l'esclave et la *condictio* du prix pour lequel il a été vendu; il est impossible, dit-il, que ce juriscon-

s'il y a avantage, l'esclave lui-même; dans ce dernier cas, si le donataire ne s'arrange pas de manière à lui rendre l'esclave avant la sentence (*omnia judicia sunt absolutoria*) le donateur obtiendra une condamnation pécuniaire égale à la valeur de cet esclave, valeur qui peut dépasser le prix de la vente.

Evidemment, ici la propriété quiritaire avait été transmise au donataire; autrement le donateur aurait pu revendiquer efficacement contre l'acheteur. Celui-ci succède, il est vrai, à l'exception *rei donatæ et traditæ* que son auteur avait contre le donateur, car cette exception passe aux ayants-cause, comme l'exception *rei venditæ et traditæ* [11], mais elle ne peut lui compéter que dans la mesure où elle eût compété au donataire son auteur, et ce dernier l'aurait perdue par la révocation de la donation.

295. — Enfin la propriété quiritaire est si bien transférée, que les jurisconsultes donnent la *condictio* au donateur. Or, une personne ne saurait avoir à la fois la *rei vindicatio* et la *condictio* à l'égard de la même chose, (Gaius IV, § 4); nous ne pouvons prétendre qu'un tiers est obligé de nous donner (*dare*) une chose qui est déjà à nous. Accorder la *condictio*, qui est ici

sulte, combattant sa propre doctrine, ait exclu la revendication. — Mais Ulpien se borne à citer Julien qui refusait certainement la revendication; la L. 37 ne parle donc pas de revendication. — D'un autre côté, si le texte donnait la revendication, ce serait contre le tiers acheteur, cela aurait alors de l'intérêt; contre le donataire elle n'aboutit à rien de plus que la *condictio*, car le donataire ne possède pas, et contre un individu qui ne possède pas, la revendication ne vaut pas mieux qu'une action personnelle. — Pour sortir de ces inextricables difficultés, le savant professeur se lance à pleines voiles dans le domaine illimité des conjectures. Il suppose que si Ulpien rapportait la solution de Julien, c'était pour la combattre; probablement, ajoute-t-il, Ulpien entrait dans certains détails pour proposer sa solution nouvelle, et les commissaires se sont bornés à résumer sa pensée! Enfin le texte est altéré... C'est reconnaître, que, tel qu'il est, il répugne à l'interprétation proposée. Il n'y a pas la moindre trace d'un dissentiment entre Julien et Ulpien, et l'on ne voit pas du tout pour quels motifs les compilateurs auraient altéré le texte. Tout cela tend à démontrer de plus en plus l'inexactitude du point de départ.

11. Voyez ci-dessus Chapitre XVI, note 6, L. 3, pr., D. *De except. rei vend.* 21, 3.

une *condictio certi*, c'est exclure la revendication, c'est affirmer que la propriété quiritaire a été transmise. Or, Ulpien lui-même accorde la *condictio* au donateur :

L. 30, D. *De m. c. don.* 39, 6 (déjà expliquée) : *Ulpianus, lib. 21 ad Edictum : Qui mortis causa donavit, ipse ex pœnitentia condictionem vel utilem actionem habet* [12].

Le même jurisconsulte signale comme une particularité des donations à cause de mort *entre époux*, le fait que la propriété ne passe au donataire qu'à la mort du donateur :

L. 9, § 2, L. 11, pr., D. *De donat. inter*, 24, 1 : *Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptæ sunt, sed interim res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt, sed tum demum cum mors insecuta est ; medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit.*

Donc, en général, le *dominium* passe immédiatement au donataire, puisqu'exceptionnellement il reste au donateur si la donation est faite entre époux.

Enfin un texte de Papinien montre encore très clairement que la propriété quiritaire passait au donataire.

L. 42, pr. D. *De m. c. don.*, 39, 6.

Seia, cum bonis suis, traditionibus factis, Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit, et convenit, ut si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret; si postea, superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. Igitur si res singulas heredes Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio [13].

12. Une scholie de Stéphane sur la L. 12, D. *De cond. causa data* 12, 4, Bas. 24. 1, 12, repète encore que si la donation est faite sous condition suspensive, le donateur a la revendication ; si au contraire elle est faite sous condition résolutoire, il a la *condictio*.

13. « Seia, ayant fait tradition de ses biens à titre de donation à Titius, l'un de ses cognats, se réserva l'usufruit, et l'on convint que si Titius prédécédait, la propriété reviendrait à la donatrice, mais que si elle mourait avant les enfants de Titius, les biens leur reviendraient. Donc si les héritiers de Titius

La propriété quiritaire a été si bien transférée au donataire, que malgré le prédécès de celui-ci, ses héritiers pourraient intenter la revendication contre le donateur. Ils sont propriétaires, et si leur action ne réussit pas, c'est seulement grâce à l'insertion de l'exception de dol au profit du donateur.

296. — 2° Engelmann, (cité par Schulin, *Ueber einige*, etc., p. 72) *Der Ruckfall des Eigenthums im rœmischem Recht*, p. 72 et s., a cherché aussi à expliquer que le donateur ait la revendication, sans admettre pour cela le retour de plein droit de la propriété. Selon lui, dans l'opinion d'Ulpien, le donataire ne deviendrait propriétaire qu'à la mort du donateur, parce que, même si la donation est faite sous condition résolutoire, elle ne devient *perfecta* qu'à cette époque [14].

Mais une donation *perfecta* est celle que le donateur ne peut plus reprendre. Le texte cité en note prouve donc tout simplement que la donation peut être révoquée tant que le donateur n'est pas mort.

De nombreux textes montrent d'ailleurs que la propriété est transmise immédiatement lorsque la donation est faite sous condition résolutoire; parmi ces textes, il y en a d'Ulpien : d'abord la loi 29 elle-même par l'opposition entre les deux cas qu'elle prévoit, puis les L. 9, § 2 et L. 11, pr. D. *De don. inter*, 24, 1, citées plus haut.

Enfin, dans le système d'Engelmann, quelle serait donc l'*actio in rem* attribuée au donataire, si d'après Ulpien il ne devait devenir propriétaire qu'au décès

revendiquaient les biens, l'exception de dol leur serait opposée avec succès par la donatrice.» Il est probable que Papinien avait écrit : *Mancipationibus et traditionibus factis* et non pas *traditionibus* seulement. Car la propriété quiritaire a été transmise et il n'est pas probable que Seia n'eut dans son patrimoine ni un immeuble italique ou assimilé, ni un esclave, ni une bête de somme. — Pour l'explication complète de ce texte voyez plus bas n° 315, note 48.

14. Ulp. L. 32, D. *eod.*: *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur.*

du donateur? La Publicienne? Mais ce serait l'attribuer à un acquéreur sous condition suspensive, ce qui n'est pas possible. Or, selon Engelmann, le donateur est toujours un acquéreur sous condition suspensive!

Section III. — *Réfutation du système d'après lequel Ulpien aurait admis le retour de plein droit de la propriété.*

297. Si l'action de la L. 29, D. 39, 6, était la revendication, il faudrait dire, avec l'Ecole française, qu'Ulpien admettait le retour de plein droit de la propriété, ou, pour parler plus exactement, qu'il admettait la possibilité de transférer la propriété *ad tempus*, quel que fût le mode d'aliénation. — 298. Cependant des preuves multiples montrent que l'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus* était un principe fondamental du droit romain. — 299. Il est donc absolument invraisemblable qu'un jurisconsulte ait, d'un mot, et comme en passant, renversé ce grand principe et tenté une sorte de révolution juridique. — 300. Dans le système du retour de plein droit, il faut encore imputer à Ulpien une autre hérésie juridique, celle d'avoir donné à la même personne la revendication et la *condictio*. — 301. D'ailleurs la prétendue innovation d'Ulpien, loin d'avoir des avantages pratiques, aurait été, au contraire, très malheureuse. Complications inextricables qu'elle entraîne. — 302. Autres objections contre la doctrine imputée à Ulpien. — 303. Résumé et conclusion.

297. — Donc il n'y a point d'échappatoire possible: si c'est la revendication qu'Ulpien donne au donateur sous condition résolutoire, il faut nécessairement que ce jurisconsulte admette le retour de plein droit de la propriété par l'effet de la résolution [15].

L'école française ne s'y est pas trompée. Abordant la difficulté avec la netteté qui la caractérise, elle a enseigné à peu près unanimement, que, par une innovation hardie, Ulpien avait admis que la propriété re-

15. On remarquera que nous nous gardons de poser d'une manière générale la question de savoir si Ulpien admettait que la propriété revenait de plein droit à l'*aliénateur* sous condition résolutoire. On mélange ainsi des textes empruntés à des matières qui n'ont entre elles aucune analogie, et dont chacun peut s'expliquer par des raisons très différentes les unes des autres. Cet abus de la méthode dogmatique aboutit à des systèmes qui n'ont rien de romain, à de véritables œuvres d'imagination. Il faut commencer par l'exégèse. C'est pourquoi nous ne nous occuperons ici que de la donation à cause de mort. Les autres cas de condition résolutoire seront ensuite étudiés séparément, et la généralisation, si elle est possible, ne sera essayée qu'après.

venait de plein droit à l'aliénateur, ou, pour exprimer plus fidèlement encore la pensée du fondateur de cette théorie : « Ulpien pensait qu'on pouvait transférer la propriété jusqu'à un certain temps ou à une certaine condition [16]. »

L'école française a parfaitement saisi en outre que la solution de la question de savoir si la propriété pouvait être transférée *ad tempus* se posait et devait être résolue de la même manière, quel que fût le mode de transfert employé. On a mancipé : qu'importe? la modalité résolutoire ne porte pas sur l'acte juridique, ce n'est pas la mancipation qui pourra être anéantie, aucun

16. Pellat, p. 275-285. — Bufnoir, p. 137-177. — Ortolan, II, nº 546 — Demangeat, I, p. 576. — Accarias, I, nº 308. — Savigny System. trad. Guenoux, § 171, t. IV, p. 256, considère aussi cet effet de la condition résolutoire sur la propriété comme une doctrine nouvelle qui n'était pas généralement admise, mais il n'attribue pas à Ulpien, aussi formellement que le fait Pellat, ce progrès de jurisprudence. — M. Machelard, Textes de 1856, p. 183, se rallie à ce système; cependant il croit que l'innovation ne fut pas seulement proposée par Ulpien, mais par d'autres jurisconsultes, même avant Ulpien, et qu'il y avait là une tendance générale de la jurisprudence. — Glasson, *Revue critique*, t. 35, p. 559 et s. note, pense que l'idée d'une propriété transférée *ad tempus* se produisit d'abord à propos de l'*addictio in diem*; « ce qu'Ulpien proposa le premier, ce fut l'application de cette règle nouvelle à la théorie des donations à cause de mort, comme cela résulte de la timidité avec laquelle il avance sa solution (L. 29 citée). C'est ainsi que cette innovation gagna peu à peu du terrain, elle était tellement contraire aux anciens principes qu'elle dut éprouver de grandes résistances; mais cependant elle finit par triompher, à cause des importants avantages (?) qui en résultaient. — Au surplus, même depuis cette époque, la propriété ne fut retransférée de plein droit qu'autant que telle avait été l'intention des parties. Il peut encore arriver que celles-ci aient eu en vue une translation absolue de propriété, tout en convenant qu'à l'arrivée de tel événement l'acquéreur devait retransférer la propriété. Dans ce cas, l'effet de la condition était de donner seulement une action personnelle à l'ancien propriétaire. » — Nous devons faire remarquer en passant que cette dernière phrase contient l'un des côtés les plus faibles du système. Dans quel but l'aliénateur, pouvant transférer la propriété sous condition résolutoire, ce qui lui donnait toute garantie, aurait-il voulu, de gaieté de cœur, la transférer absolument, et n'acquérir qu'une créance de retransfert ? On le cherche vainement. D'un autre côté si l'on devait, ou jamais, penser que les parties ont eu seulement l'intention d'*obliger* l'acquéreur au retransfert, c'est lorsqu'elles auront dit qu'il *rendrait* (*redderet*); or c'est précisément dans ce cas qu'Ulpien admet, dit-on, le retour de plein droit ! (L. 29 citée). Et s'il est un cas où l'on devrait reconnaître au contraire que les parties ont voulu le retour *ipso jure* de la propriété, c'est lorsque l'aliénateur a dit qu'*elle lui reviendrait* (*ad se reverteretur*); or, précisément alors on voit les textes lui refuser l'action réelle (L. 3, C. *De pactis inter empt.*, 4, 54)!

acte solennel, même la stipulation qui n'est pas un acte légitime, aucun acte autre que ceux purement consensuels, ne peut être résolu par le consentement [17]. Il ne s'agit pas de savoir si l'on pourrait manciper sous condition résolutoire; la négative est évidente, il s'agit de savoir si l'on peut, par une mancipation ou tout autre acte, transférer une propriété *temporaire* : la modalité ne portant pas sur l'*acte* de transfert, mais sur le *droit* transmis.

298. — Ulpien a-t-il admis que la propriété pût être transmise *ad tempus?*

S'il est un point que les auteurs français ont dégagé nettement, et vigoureusement mis en lumière, c'est que, dans les idées romaines, la propriété, droit perpétuel de son essence, ne saurait être transférée *ad tempus*.

Bien des preuves peuvent être fournies :

1° On invoquera d'abord la nécessité de l'*usureceptio* au profit du débiteur, pour redevenir propriétaire de la chose qu'il a mancipée à son créancier, avec clause de fiducie, et qu'il reprend après avoir payé sa dette. Si la propriété avait pu être transférée *ad tempus* ou *ad conditionem*, on n'eût pas manqué de se servir de ce moyen, qui offre au débiteur des garanties très désirables contre les aliénations que pourrait faire le créancier.

2° De nombreux textes ne donnent à l'aliénateur sous condition résolutoire qu'une action personnelle pour reprendre sa chose [18].

17. Bufnoir, p. 150, 126. — Glasson, *op. cit.* t. 35, p. 462, note.

18. L. 38, § 3, D. *De usuris*, 22, 1. — Paul : *Idemque est, si mortis causa fundus fuit donatus et revaluerit qui donavit, atque ita condictio nascatur.* L. 35, § 3, D. *De don. m. c.* 39, 6, (Paul) : *Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta...* L. 2, C. *De pact. inter empt.*, 4, 54. — L. 3, C. *eod.* — L. 4, D. *De lege com.*, 18, 3, où Ulpien se demande par quelle action le vendeur pourra agir, après la résolution de la vente ; « *tam de fundo quam de his quæ ex fundo percepta sunt* » et qui ne parle ensuite que de l'action *ex vendito*. — L. 4, D. *De don. inter virum et ux.*, 24, 1, où Julien, en cas de donation à cause de mort, donne la *condictio* au

3° On peut citer encore les textes qui, même après la condition résolutoire accomplie, maintiennent les actes d'aliénation faits par le donataire à cause de mort comme l'affranchissement (L. 39, D. *De don. m. causa*, 39, 6, voyez ci-dessus n° 294), ou qui attribuent encore à ce donataire l'action en revendication, comme la L. 42, D. *eod.*, ci-dessus n° 295, textes qui émanent des contemporains d'Ulpien (Papinien et Paul). Ils montrent encore fort clairement que ces jurisconsultes n'admettaient pas ce transfert de la propriété *ad tempus*.

4° On ne pouvait constituer des servitudes réelles *ad tempus*[19]. Si la propriété avait pu être transférée pour un temps, on ne voit pas du tout pourquoi cela aurait été impossible pour les servitudes.

5° Cela résulte encore, disent les auteurs cités, de ce que, au témoignage de Justinien, les legs faits *ad tempus* étaient nuls avant lui [20].

Cela s'applique manifestement aux legs de propriété, car pour l'usufruit on pouvait le léguer *ad tempus* [21], d'où il résulte que c'était la nature du droit légué qui créait ici l'obstacle.

Nous faisons de grandes réserves sur l'interprétation que les auteurs donnent en général à la L. 26, C. *De legatis*, 6, 37. Nous l'expliquerons tout autrement. Nous ne croyons pas que l'impossibilité de transférer

donateur. — L. 39, D. 39, 6 (Paul) déjà citée ; le donataire à cause de mort ayant affranchi l'esclave donné, le jurisconsulte, loin de considérer l'affranchissement comme nul, comme dans le cas où l'héritier a affranchi l'esclave légué sous condition, et dont il est pourtant propriétaire *medio tempore* (voyez plus bas n° 323), ne donne au donateur que la *condictio*.

19. L. 4, D. *De serv.* 8, 1. Dans ce texte, il s'agit de la constitution entre vifs par la cession *in jure*, car il prohibe la constitution *sub conditione* qui est certainement valable par legs, L. 3, D. *De serv. leg.* 33, 3. — L'usufruit, droit temporaire, peut fort bien être constitué *ad tempus* par la cession *in jure*, Frag. Vat. § 48 ; s'il en est autrement pour les servitudes réelles, cela ne peut donc tenir qu'à la nature du droit.

20. L. 26 C. *De legatis*, 6, 37.

21. Frag. Vat. § 48.

la propriété *ad tempus* ait été la cause de la nullité des legs temporaires. Mais on peut, provisoirement, laisser à ce texte le sens que lui attribuent des interprètes, lorsqu'il ne s'agit que de réfuter le système de ces interprètes.

6° Au risque d'empiéter sur ce que nous aurons à dire pour le temps de Justinien, ajoutons qu'une scholie de Stéphane, son contemporain, proclame le principe avec une telle netteté qu'il est impossible de n'y pas voir une règle fondamentale du droit romain.

Cette scholie (Basiliques 16, 1, 4, supp. ed. Heimbach, p. 63) commente la L. 4, D. *De usufructu*, 7, 1, ainsi conçue : *Ususfructus in multis casibus pars dominii est*, *et extat quod vel præsens vel ex die dari potest.*

Voici maintenant la traduction du commentaire de Stéphane, l'un des compilateurs du Digeste :

« L'usufruit dans bien des cas se présente comme partie de la propriété : en effet la propriété peut être transférée purement ou à terme suspensif; de même l'usufruit. Mais on dit que l'usufruit ressemble à la propriété en beaucoup de points, non pas en tous : *car la propriété ne peut s'éteindre par le temps*, tandis que l'usufruit peut être établi à terme extinctif [21 bis].

Rappelons aussi une autre scholie du même Stéphane, répétant que le donateur *m. c.* a la revendication s'il a donné sous condition suspensive, et lui accordant seulement la *condictio* dans le cas de condition résolutoire [21 ter].

21 *bis.* 'Επὶ πολλῶν ὁ οὐσούφρουκτος μέρος δεσποτείας γνωρίζεται, καὶ τοῦτο ἐντεῦθεν δείκνυταί τε καὶ δηλοῦται, ὅτι ὥσπερ ἡ δεσποτεία καὶ πούρως καὶ ὑπο ἡμέραν δύναται δίδωσθαι, τον αὐτὸν τρόπον καὶ ὁ οὐσούφρουκτος δύναται καὶ πούρως καὶ ἀπὸ φανερᾶς ἡμέρας συνίστασθαι· εἴρηται δέ μοὶ ἐπὶ πολλῶν καὶ οὐκ ἐπὶ πάντων θεμάτων δεσποτείαν μιμεῖσθαι ὀυσὸυφρουκτον, 'επειδὴ πρόσκαιρος μεν οὐκ ἔρρωται δεσποτεία, ὀυσούφρουκτος δε καὶ ἐπὶ φανεροῦ συνίσταται χρονοῦ.

21 *ter*. Voici la traduction de cette Scholie : (Bas., 24, 1, 12) : « La chose donnée est réclamée par la *condictio* lorsque le donateur a transféré immédiatement la propriété au donataire en disant : reçois et sois propriétaire dès aujourd'hui ; car s'il n'avait pas transféré la propriété, il aurait la revendication et non la *condictio.* »

7° Enfin, le fameux § 283, Frag. Vat., dont Pellat a fait un si mémorable usage (après l'avoir toutefois mutilé et corrigé, ce qui nous oblige à réserver l'interprétation que nous croyons devoir lui donner, voir plus bas nos 304-308) peut être invoqué en le prenant tel que le présente l'école française, lorsqu'il ne s'agit que de critiquer le système qu'elle admet [22].

Ainsi, depuis l'ancien droit romain jusqu'à Dioclétien, depuis Dioclétien jusqu'à Justinien, et même après cet empereur, on voit tantôt poser d'une manière indirecte, tantôt proclamer expressément comme un principe absolu, fondamental, la vieille règle : « *proprietas ad tempus transferri nequit!* »

« La propriété, dit M. Bufnoir [23], apparaissait aux jurisconsultes romains comme un droit absolu, par suite non susceptible d'être limité dans sa durée; l'établir *ad conditionem* aurait été l'établir avec une chance d'extinction *tempore*, chose *contraire à son essence.* »

299. — Contre une idée aussi fondamentale, Ulpien seul, ou presque seul, aurait levé l'étendard de la révolte!

L'ensemble de la législation romaine a déterminé un nombre restreint de droits réels ayant chacun sa nature propre, les uns perpétuels comme la propriété et les servitudes réelles, d'autres temporaires comme l'usufruit; il s'est trouvé un jurisconsulte assez osé pour proposer, comme une chose toute naturelle, d'introduire dans cette liste depuis longtemps close un droit nouveau, qui ressemble à la propriété par ses attributs, à l'usufruit par sa durée, une sorte de produit hybride de la combinaison de ces deux droits!

Ou, si l'on aime mieux, il s'est trouvé un prince de la

22. Si stipendiorum *prædiorum* proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus qui accipit, ad te rediret, donatio inrita est, cum ad *tempus* proprietas transferri nequiverit.
23. P. 142.

science qui s'est cru autorisé à biffer de son autorité privée l'un des principes fondamentaux de cette science! Il s'est trouvé un jurisconsulte, un homme pour qui le droit était une religion, et qui, dans un magnifique langage s'appelle lui-même prêtre de cette religion [24], et ce jurisconsulte n'a pas craint de porter une main hardie, nous allions dire sacrilège, sur cette grande institution, la propriété, le *dominium ex jure quiritium;* il l'a ruinée dans sa base même; elle bravait le temps, il l'a rendue mortelle, il lui a pris ce qui constituait *son essence même*, la perpétuité!

Et cela, d'un trait de plume, sans s'y arrêter, sans paraître se douter que sa solution fût une révolution dans le droit : « *potest defendi... quis dabit* » *:* on peut donner... c'est une opinion qui se soutient... !

Eh bien non! C'est tout cela qui n'est pas soutenable!

Aussi bien, dans nos écoles mêmes, la jeunesse commence à s'insurger contre tant d'invraisemblances accumulées.

« La propriété peut-elle être transférée sous condition résolutoire » dit un docteur [25].

» Après la disparition des jurisconsultes, je com-
» prends que la question se pose...

» Mais à cette époque du droit romain, tout est pos-
» sible : la législation se développe en plein arbitraire,
» sans aucun souci de logique ni d'harmonie ; *c'est le*
» *temps des décisions utilitaires sans fondement juri-*
» *dique.* Le droit n'est plus une science. A cette épo-
» que on comprend que la question se pose ; mais en ce
» qui regarde le droit classique, vraiment il faut la
» voir agiter par tous les romanistes pour la croire seu-
» lement discutable. Une translation temporaire ou

24. L. 1, § 1, D. *De justitia et jure*, I, 1.
25. M. G. Cauvet, Thèse pour le doctorat, Poitiers, 1879.

» révocable, c'est bien là cet *ostentum* que définit la
» L. 38 *De verb. sign.*, 50, 16!

» Les Prudents n'ont point eu pour habitude de
» faire progresser le droit en détruisant les anciens prin-
» cipes. Ils laissaient à la législation les entraves que
» lui avait léguées le vieux formalisme, et lui appre-
» naient seulement à rester libre malgré elles. De l'é-
» treinte des règles anciennes, elle se dégageait plus
» élégante et plus souple tous les jours ; jamais elle ne
» s'est dérobée à cette étreinte. C'est sur les règles du
» vieux droit que les jurisconsultes ont élevé la législa-
» tion nouvelle ; ce n'est point avec eux, ce n'est pas
» avec Ulpien lui-même que peut tomber un des prin-
» cipes sur lesquels repose l'édifice entier du droit
» classique! »

Tout cela est fort bien pensé et fort bien dit [26].

300. — On impute donc à Ulpien une tentative révolutionnaire, le renversement d'un principe fonda-

26. Mais ce n'est pas tout de tailler, il faut recoudre. Le système que M. Cauvet propose à la place de celui qu'il réfute, ne diffère malheureusement pas beaucoup de celui de M. de Vangerow. Au cas de vente résolue sous condition, l'action réelle donnée au vendeur s'expliquerait par le seul fait que la vente est résolue. Sans doute ce n'est pas la vente qui transfère la propriété, mais on a compris que les deux actes sont intimement unis et que le second ne peut survivre au premier. Arg. L. 31, pr., D. 41, 1. Cela est surtout évident lorsqu'il s'agit de tradition. Dans les contrats consensuels, la volonté peut parfaitement s'enlever à elle-même toute efficacité à un moment quelconque de l'avenir; elle peut, se retirant éventuellement dès le principe, faire crouler tous ces effets juridiques dont elle est le fondement. — La situation est plus embarrassante dans le cas de la donation *mortis causa*. La donation ne s'analyse pas en : 1° une convention; 2° une dation faite pour l'exécuter; l'événement de la condition ne peut plus ici, comme tout à l'heure, agir indirectement sur la transmission de propriété, par suite de son action résolutoire sur le contrat qui est la base de cette transmission. — L'innovation, d'ailleurs très modeste, d'Ulpien, aurait alors consisté, d'après M. Cauvet à assimiler les dations faites par esprit de libéralité, aux dations faites en exécution d'une obligation contractée antérieurement. Ulpien aurait analysé la donation en une convention suivie d'exécution, et admis qu'ici encore la résolution de la convention entraînait la résolution de la dation.

Ce système, avons-nous dit, n'est au fond qu'une forme nouvelle, et d'ailleurs heureuse de celui de M. Vangerow (voy. plus haut, nos 274 et s.) L'originalité propre de l'idée de M. Cauvet réside dans une explication ingénieuse du rôle joué par Ulpien dans cette question.

mental du droit romain. Mais ce n'est pas tout : dans ce système, il faudrait mettre à la charge du grand jurisconsulte une autre témérité encore, la méconnaissance d'une règle élémentaire du droit romain et du bon sens.

On sait qu'il existe une incompatibilité absolue entre la revendication et la *condictio* [27]. On ne saurait prétendre qu'une personne est tenue de vous transférer la propriété d'une chose dont on est déjà propriétaire, ce serait demander une prestation impossible. La *condictio* que les jurisconsultes accordent en cas de donation à cause de mort a manifestement pour but d'obtenir le retransfert de la propriété.

Par conséquent, si Ulpien admet la revendication, il doit nécessairement exclure la *condictio*.

Or, la L. 29, *De don. m. c.*, ne semble nullement exclure l'action personnelle, mais Ulpien paraît bien plutôt faire remarquer, que, sans préjudice de la *condictio*, une action réelle pourrait être donnée au donateur. D'ailleurs la L. 30, *eod.*, lui attribue positivement le choix entre la *condictio* et l'*utilis actio*, dans le cas où il entend révoquer son don. L'école française admettant que cette *utilis actio* est la revendication même [27 bis], il en résulte qu'Ulpien

27. Voyez *supra*. texte et note 12. — G. IV, 4. Justinien aux Institutes, IV 6 § 14, répète encore le principe qui recevrait pourtant dérogation, si l'on admettait le système que nous combattons.

27 *bis*. Pellat, p. 282. — Bufnoir, p. 149. — Glasson, *Rev. critique*, t. 35, p. 456 et 476. — Notre éminent collègue, M. Thaller, ne s'y est pas laissé prendre (Thèse de Doctorat : *Etude critique sur les doctrines particulières au jurisconsulte Ulpien*, 1875, p. 123 et s.) « J'ai peine à croire, dit-il, qu'un Prudent de la valeur d'Ulpien eût poussé l'inadvertance jusqu'à autoriser l'option entre la *condictio* et la revendication. Décider, suivant les cas, qu'il y avait lieu à l'une ou à l'autre de ces voies de recours, passe encore : ce mode d'interprétation, tout incorrect qu'il fût, dénote son indécision, et prouve qu'il s'inspirait alternativement de l'ancienne règle romaine et de celle qu'il voulait lui substituer. Mais fusionner les deux doctrines dans un même texte, dire à la fois que la propriété était revenue à l'aliénateur et qu'il l'avait irrévocablement perdue, *non, c'en est trop*, et c'est vraiment méconnaître la sagacité habituelle de notre jurisconsulte, que d'endosser à son passif une inconséquence

accorde à la fois la revendication et la *condictio*, nouvelle énormité juridique, nouvelle révolution dans le droit romain !

301. — Si encore cette révolution était dictée par une utilité pratique incontestable, si elle constituait une innovation heureuse !

Mais, entre les avantages qu'elle peut avoir et les inconvénients qu'elle présente, la balance est loin de pencher du côté des avantages.

Elle protège le donateur, dira-t-on ; mais vraiment avait-il besoin de protection, n'avait-il pas toute facilité de se protéger lui-même ? Ne pouvait-il, si la chose était *mancipi*, se borner à en faire tradition, sans la manciper ? Il avait alors toute sécurité ! Dans tous les cas qui l'empêchait de donner sous condition suspensive ? Mais non ! Il a voulu qu'il fût bien entendu qu'il transférait, *hic et nunc*, la propriété pleine et entière au donataire : si ce dernier est insolvable, s'il aliène immédiatement, le donateur en doit subir les conséquences, il les a voulues, il devait savoir à qui il donnait.

Dans ces conditions, le seul résultat pratique que puisse avoir l'innovation, c'est de tendre aux tiers un

aussi peu excusable. La contradiction est moins choquante dans la législation de Justinien, par suite de la chute du système formulaire. Mais comment comprendre qu'à l'époque classique un demandeur puisse avoir le choix entre ces deux *intenticnes : si paret A^i A^i fundum Capenatem* ESSE — et : *si paret N^m N^m A^o A^o fundum Capenatem* DARE *oportere ?* »

L'auteur conclut que l'*utilis actio* de la L. 30, D. 39, 6 est l'actio *præscriptis verbis*, solution d'ailleurs inadmissible. Voy. plus haut, n° 289, note 14.

D'un autre côté, il eût été bien inconséquent de la part d'Ulpien, comme le dit M. Thaller, de s'inspirer alternativement de l'ancienne règle et de celle qu'il voulait y substituer : « de rendre d'une main ce qu'on avait pris de » l'autre (*op. cit.* p. 122), procédé « *qui ne supporte pas l'examen.* » « Si l'on entend faire le procès à Ulpien lui-même, je suis tout à fait d'accord avec ceux qui tiennent un pareil langage... Je ne conteste aucun de ces points, mais je ne vois pas en quoi l'objection peut démentir ma manière de voir. »

La réponse est aisée : quand un système impute à Ulpien *un procédé qui ne supporte pas l'examen*, ce n'est pas Ulpien qui en souffre... c'est le système. Enfin il est intéressant de constater que, même parmi les partisans du système, du retour de plein droit, il en est qui se rendent compte de son invraisemblance.

piège de plus. C'était bien assez pourtant de tous les dangers auxquels les expose en droit romain le défaut de publicité des transferts de propriété et des constitutions d'hypothèque !

Ainsi le donateur, qui s'est exposé volontairement au péril, n'en souffrira pas ; et les tiers, qui souvent pourront malaisément distinguer une donation à cause de mort d'une libéralité entre vifs irrévocable (tout dépend des circonstances,) alors surtout que la propriété aura été transférée *hic et nunc*, les tiers seront sacrifiés, et c'est pour obtenir ce beau résultat qu'Ulpien aurait bouleversé les principes les plus essentiels du droit romain [28] !

302. — Il y a bien d'autres objections :

Si Ulpien admet, que la propriété puisse être transférée *ad tempus*, s'il applique, comme on le dit, sans hésitation cette doctrine dans le cas de vente sous condition résolutoire (L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2), comment se fait-il qu'il s'exprime avec plus de timidité en cas de donation *mortis causa*, et qu'il ne donne plus que la *condictio* lorsqu'on a transféré la propriété pour

28. La doctrine du retour de plein droit entraîne de bien étranges complications dans le cas où la donation a porté sur la chose d'autrui et si le donataire l'a usucapée. Les textes de Julien et de Paul, L. 13, pr. L. 33, D. 39, 6, donnent alors la *condictio* au donateur qui profite ainsi de l'usucapion accomplie par le donataire. Dans la doctrine du retour de plein droit qu'arrivera-t-il ? Le donateur recouvrera-t-il de plein droit... une propriété qu'il n'a jamais eue ? Cela n'est pas possible ! — Dira-t-on qu'alors, et par un effet rétroactif, c'est lui qui est censé avoir usucapé par l'intermédiaire du donataire ? Mais la possession est chose de fait, les fictions n'ont pas de prise sur elle, et rien ne peut faire que le donateur ait eu un *animus* et un *corpus possessionis* qui lui ont manqué tous les deux. Et puis, *quid*, si le donateur, étant de mauvaise foi, ne pouvait pas usucaper ? Ici on se rend, on lui donne seulement la *condictio* (Glasson, *Revue crit.* t. 35, p. 470). Mais alors il va se produire un résultat bien singulier; c'est le moment pour l'ancien propriétaire de se montrer, il va pouvoir revendiquer avec succès contre le donataire, qui n'est plus propriétaire; ne dites pas qu'il a usucapé, l'auteur cité répondrait : « *il n'a pas de titre pour usucaper une propriété irrévocable!* » De là résulte qu'il ne pourra pas transférer au donateur une propriété qu'il n'a plus ! Donc l'ancien propriétaire est sûr de revendiquer avec succès, il n'a pas perdu sa propriété, puisque le donataire ne l'avait acquise qu'*ad tempus* seulement, et que le temps est écoulé !!

cause de dot et que le mariage vient à manquer (L. 7, § 3, *D. De jure dotium*, 23, 3)?

Ce qui était difficile à admettre, c'était le principe du retour de la propriété. Mais une fois le principe admis, les conséquences s'imposaient.

Il est d'ailleurs invraisemblable de supposer que l'aliénateur pouvant transférer la propriété *ad tempus*, ce qui lui offrait toute garantie, ait voulu de gaieté de cœur transférer une propriété incommutable, et se contenter d'une créance contre l'acquéreur. C'est là une explication trop pénible.

Ce n'est pas tout. Si Ulpien entendait admettre le retour de plein droit, alors quelle cacophonie dans le titre de *Don. m. c.* au Digeste !

Pourquoi les compilateurs y ont-il inséré, non seulement des textes nombreux qui écartent implicitement ce retour, mais encore plusieurs fragments comme la L. 42, la L. 39, qui reconnaissent que la propriété passe aux héritiers du donataire, et qui maintiennent l'affranchissement opéré par celui-ci ?

303. — Tout cela n'est pas possible ! Ulpien n'a ni bouleversé ni ignoré les principes élémentaires du droit romain ! Depuis Pellat, nous avons donc pris le change, et ce guide d'ordinaire si sûr nous a cette fois égarés en attribuant à Ulpien un système auquel il n'a jamais songé. Ce système aussi ingénieux que faux, suivi par les plus vénérés de nos maîtres nous a aussi longtemps séduits. Et si dans ces discussions se glisse un peu de vivacité, qu'on n'oublie point que c'est nous-mêmes que nous prenons à partie, animés du regret d'avoir pendant plus de dix ans enseigné ce que nous considérons aujourd'hui comme une erreur monumentale.

A Schulin revient le mérite d'avoir indiqué la véritable voie : nous essayons ici de compléter son œuvre, en soumettant toutes les parties de sa théorie à une scru-

puleuse critique, afin d'en élaguer tout ce qui nous paraîtrait inexact ou improbable, et de le remplacer par des idées, à notre gré, plus satisfaisantes. Espérons que l'erreur d'hier, en nous inspirant une salutaire prudence, nous préservera aujourd'hui d'un engouement irréfléchi.

Section IV. — *Même sous Justinien la propriété ne saurait être, en principe, transférée ad tempus.*

304. Textes allégués à l'appui de l'opinion contraire : *Frag. Vat.* § 283 comparé à L. 2, C. *De donat. quæ sub modo*, 8, 55. Argument tiré de ce rapprochement en faveur de l'abrogation du principe : « *proprietas ad tempus transferri nequit.* » — 305. Exégèse de ce texte. Pour en tirer argument on le modifie et on lit : *Cum proprietas* AD TEMPUS *transferri nequiverit*, au lieu de : *ad* TE *transferri...* que porte réellement le manuscrit. Cette correction, que ne justifie aucunement le rapprochement de la L. 2. C. 8, 55, rend inintelligible la seconde partie du fragment, qui se comprend au contraire très facilement et dans toutes ses parties, si l'on laisse *ad te*. Développements. — 306. D'ailleurs le fragment ne peut pas porter « *ad tempus* » car alors le rescrit qu'il rapporte aurait commis une erreur juridique inadmissible. Une donation ne saurait être annulée parce que le donateur convient que la propriété lui reviendra à la mort du donataire. Preuves. — 307. Le fragment est donc étranger à la question qui nous occupe et doit être écarté du débat. — 308. L. 26, C. *De legatis* 6, 37; les legs et fidéicommis temporaires, autrefois nuls, sont validés par Justinien; le légataire sera tenu de s'engager envers l'héritier à lui restituer la chose à l'expiration du délai fixé par le testateur. — 309. Selon des auteurs la nullité des legs temporaires était une application du principe : « *proprietas ad tempus transferri nequit.* » — 310. Réfutation. 1° Le fait qu'un droit n'est pas transmissible *ad tempus* n'annule jamais l'acte par lequel on le transfère sous cette clause. Il est transmis pour toujours, et l'on donne, par des moyens indirects, satisfaction à la volonté des parties. — 311. Suite. 2° La nullité des legs temporaires ne s'explique pas par la règle «*proprietas ad tempus*» etc., car cette même nullité s'appliquait aussi aux *fidéicommis temporaires*; le fidéicommis ne transférant point la propriété, on ne voit pas comment la règle en question aurait pu entraîner la nullité d'un fidéicommis fait pour un temps limité. — 312. A notre gré, les legs temporaires étaient nuls parce qu'ils contiennent implicitement un fidéicommis de restitution au profit de personnes tout à fait incertaines, savoir celles qui représenteront le testateur à l'expiration du temps fixé. Justinien ayant remédié à l'incapacité des personnes incertaines, devait, par une conséquence logique, valider les legs temporaires. — 313. Autres observations sur la L. 26, C. *De legatis*. — 314. A supposer même que la nullité des legs temporaires découlât de la règle : « *proprietas ad tempus* etc., » la L. 26 n'abroge pas cette règle, car elle impose seulement au légataire une obligation de restituer. — 315. Si cette règle avait été abrogée par Justinien, les compilateurs n'auraient pas manqué de remanier profondément les textes de l'époque classique qui sont inconciliables avec ce changement de

principe, par ex. : L. 42, D. 39, 6. Explication de ce texte. — 316. Justinien n'a pas abrogé l'ancien principe, mais certaines dispositions de cet empereur y portent atteinte indirectement, et sans doute inconsciemment, notamment les L. L. 1, 2, 3, C. *Communia de leg.* 6, 43. — 317. Mais les compilateurs n'ont point voulu faire brèche au principe, en insérant au titre *De rei vindicatione* la L. 41, qui accorde l'action *in rem* à l'acheteur sous condition résolutoire, tant que la vente n'est pas résolue.

304. — Cependant, les partisans de la théorie de Pellat ont encore des arguments à faire valoir.

Outre certains textes d'Ulpien relatifs à la *lex commissoria* et à l'*addictio in diem*, dont nous parlerons aux chapitres suivants et qui semblaient confirmer la doctrine qu'on lui imputait, ce qui avait paru décisif à Pellat, c'était d'une part le rapprochement de deux textes, le § 283 des *Frag. Vat.* et la Constitution 2, au Code, *De donationibus quæ sub modo*, 8, 55 ; d'autre part une constitution de Justinien (L. 26, C. *De legatis*, 6, 37).

Il semblait résulter de ces textes que la règle : « *proprietas ad tempus transferri nequit* » était abrogée au temps de Justinien.

Dès lors, on pouvait admettre, sans trop d'invraisemblance, que cette réforme avait eu un précurseur, Ulpien, dont la doctrine, après avoir rencontré de vives résistances, avait fini par triompher.

Le moment est venu d'étudier de près ces textes et les arguments qu'on en tire.

Considérons en premier lieu le § 283 des Fragments du Vatican et la L. 2, C., *De donat. quæ sub modo*, 8, 55.

Nous mettons ces deux textes en regard pour faciliter la comparaison :

Frag. Vat. § 283.

IDEM AURELIO CARRENONI.

Si stipendiariorum (prædiorum) *proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus qui*[29] *accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad te*(mpus)[30] *proprietas transferri nequiverit. Si vero usumfructum in eam contra quam supplicas contulisti, usumfructum a proprietate alienare non potuisti.*

Proposita V. id. Mart. Maximo et Aquilino conss. (286).

L. 2, C. *De don. quæ sub modo*, 8, 55.

IMP. DIOCLET. ET MAXIM. AA. ET CC. ZENONI.

Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus qui accipit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quæ ei imposita est, conservanda.

PP. V. id Mart. Maximo II et Aquilino coss. (286).

Voici maintenant l'argument de Pellat:

Ces deux textes, on n'en peut guère douter, renferment le même rescrit [31], seulement il se retrouve aux

29. Rudorff propose, et avec raison, de lire *quæ*; la fin du rescrit prouve que la personne qui avait reçu la libéralité était une femme (*in eam contra quam*).

30. Le palimpseste porte positivement *ad te* et non pas *ad tempus* : *tempus* est une conjecture de Rudorff, cette remarque a la plus grande importance. — Buchholtz proposait de lire : *a te* correction bien plus restreinte et plus vraisemblable que celle de Rudorff. — Remarquez d'ailleurs qu'il ne s'agit pas ici d'un passage où le palimpseste n'aurait pu être lu; il n'y a pas *ad te*, plus une lacune suffisante pour *mpus*, même en supposant ces quatre lettres représentées par des abréviations, il y a *ad te* tout court. D'ailleurs ce mot *tempus* se trouve assez souvent dans le palimpseste (voy. par ex. §§ 48, 50, où le mot est répété cinq fois), pourtant Bethmann-Hollweg, reproduisant, après Maï, les principaux sigles du manuscrit, n'en indique aucun pour *tempus*. Voy. *Corpus juris romani antejustinianei*, par Bœcking, Bethman Hollweg etc., Bonn 1841, p. 304, *Specimen palimpsesti*. Donc on peut tenir pour certain que l'écrivain a bien voulu mettre *ad te*.

31. Ils sont datés du même jour, et débutent dans les mêmes termes jusqu'au mot *donatio* inclusivement. Les compilateurs ont mis seulement *rerum tuarum* à la place de *stipendiariorum prædiorum*, parce que de leur temps il

Frag. Vat. dans sa pureté originelle, tandis que les compilateurs du Code ne l'y ont inséré qu'en changeant complètement le sens primitif: au lieu de : *donatio inrita est*, *cum proprietas ad tempus transferri nequiverit*, il ont mis : *donatio* VALET, *cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest.* Ainsi Dioclétien disait : la donation est nulle, car la propriété n'a pu être transférée pour un temps, et Justinien lui fait dire : la donation est valable, car elle peut se faire même pour un temps certain ou incertain, la clause qui lui a été imposée devant être observée.

Tel est le raisonnement de Pellat (p. 284).

305. — Il serait difficile à réfuter si le fragment du Vatican contenait vraiment le mot *tempus.*

Malheureusement le manuscrit dit positivement : *ad te*, et non pas : *ad tempus*, et pour corriger le texte il faut supposer que l'auteur du fragment a omis les quatre dernières lettres du mot. On se croit cependant autorisé à amender le § 283 au moyen de la L. 2, C.

On se souvient que les deux textes sont identiques jusqu'au mot *donatio* inclusivement; ils continuent ainsi :

Fr. Vat. : *Donatio inrita est cum proprietas ad te transferri nequiverit.*

Code : *Donatio valet*, *cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest.*

Mais, comme à partir du mot *donatio* il n'y a plus un mot de commun aux deux textes, excepté la préposition

n'y a plus de distinction à faire entre les immeubles. — A la vérité M. Vernet (Textes choisis p. 138, note) pense qu'il s'agit de deux rescrits différents rendus le même jour; il s'appuie sur la différence des noms que l'un et l'autre texte donnent à la personne à laquelle le rescrit est adressé, le fragment du Vatican porte : *Aurelio Carrenoni;* le texte du Code : *Zenoni;* mais l'auteur des Fragments du Vatican aura mal copié. ou copié sur un manuscrit fautif, au lieu de : Augusti et Cæsares Zenoni (AAETCCZENONI), on a mis AVRCARRENONI. Remarquez que la première lettre et les cinq dernières sont identiques.

ad, on voit qu'il est absolument arbitraire de vouloir corriger le premier par le second. On convient que depuis le mot *donatio* le texte du Code est le produit de l'imagination des compilateurs ; avec quelle sécurité peut-on alors argumenter de cette partie de la constitution pour corriger l'autre texte ? C'est s'appuyer sur une base tout à fait incertaine.

D'ailleurs pourquoi corriger le texte des Fragments du Vatican ?

Parce que, dit-on [32], les mots « *ad te* » n'auraient pas de sens.

Mais tout au contraire, c'est la correction qui rend le texte inintelligible ! Si on le laisse tel qu'il est, il présente d'un bout a l'autre un sens logique ; que si, à l'inverse, l'on remplace *ad te* par *ad tempus*, alors la seconde phrase devient tout à fait incompréhensible !

Aussi Pellat et les auteurs qui l'ont suivi ne se sont pas contentés de transformer « *ad te* » en « *ad tempus* » ils ont encore supprimé toute la seconde partie du texte, depuis les mots *si vero*..., partie qui les gênait, dont ils n'auraient pas pu et dont personne à notre connaissance n'a jamais pu donner une explication, nous ne disons pas vraisemblable, mais seulement admissible ou intelligible [33].

Cette seconde partie du texte, on n'en parle jamais, elle disparaît comme par enchantement, les auteurs la passent prudemment sous silence.

Traduisons le fragment du Vatican, sans y rien changer.

« Si tu as fait donation de la propriété de fonds stipendiaires, de telle façon que cette propriété te revînt après la mort de l'*accipiens*, la donation est nulle puisque la propriété *n'a pu t'être transmise à toi-même.*

32. Pellat, p. 284, note 2.
33. Voyez à la note suivante la tentative de Huschke.

« Si au contraire tu as conféré l'usufruit à la femme contre laquelle tu nous présentes requête, tu n'as pu aliéner l'usufruit, le séparer de la propriété. »

Si on lit «*ad tempus*» et que l'on traduise alors la première partie du texte ainsi : «la donation est nulle puisque tu n'as pu transférer la propriété *ad tempus*, » alors on ne voit plus du tout pourquoi le donateur n'a pas pu conférer l'usufruit à la femme contre laquelle il a présenté sa requête à l'empereur.

Si le donateur était, au moment de la donation, propriétaire des biens donnés, si le seul obstacle qui s'est opposé à la validité c'est que cette propriété n'a pu être transférée *ad tempus*, alors on cherche vainement le motif qui a empêché le donateur d'aliéner au moins l'usufruit [34] !

Si, au contraire on prend le texte tel qu'il est, les deux parties dont il se compose s'harmonisent parfaitement. Ce qui y manque, c'est l'exposé des faits, exposé qui a dû être présenté dans la requête adressée à l'empereur (*supplicatio*). On sait que beaucoup de rescrits étaient rédigés au bas de la requête et prenaient pour ce motif le nom de *subscriptiones* [35].

Naturellement ces requêtes, émanées souvent de per-

34. Voici l'interprétation de Huschke (*Jurisprudentia antejustinianea ad h. loc.*); elle fournit la meilleure preuve de l'impossibilité de toute interprétation, si l'on met *ad tempus* dans le texte :

« Si au contraire tu as transféré l'usufruit à celle contre laquelle tu présentes requête [de manière à ce que cet usufruit te revînt après sa mort] tu n'as pu séparer l'usufruit de la propriété [c'est-à-dire que l'usufruit ne te reviendra pas, il reviendra à celui qui sera propriétaire à la mort de la donataire ; cette donation est d'ailleurs valable, l'usufruit pouvant être transféré *ad tempus*].

On voit qu'il faut ajouter beaucoup de choses, d'ailleurs aussi inadmissibles les unes que les autres. Est-il nécessaire de réfuter ?

1° D'abord, comme la donataire de l'usufruit n'est pas morte (*in eam contra quam supplicas*,) il ne peut être question de décider actuellement à qui reviendra l'usufruit après sa mort ; un procès actuel sur ce point ne se comprend pas. — 2° Pour que cette question pût s'élever même après la mort de la donataire, il faudrait que le donateur eût aliéné la nue propriété au profit d'une autre personne, ce qui ne ressort nullement du texte. Autrement l'usufruit lui reviendrait naturellement à la mort de l'usufruitière.

35. L. 11 § 1, D. *De constit. princ.*, I, 4. — Inst. II, 12. pr.

sonnes peu versées dans l'art d'exposer une question de droit, étaient presque toujours verbeuses, diffuses et manquaient de clarté. Aussi les jurisconsultes qui composèrent des recueils de rescrits, comme le Code Grégorien (dont notre § 283 a été tiré) et le Code Hermogénien, ont-ils toujours laissé de côté ces requêtes, et se sont-ils bornés à reproduire la réponse impériale.

Le plus souvent le rescrit lui-même rappelle suffisamment les faits, mais il peut arriver, et précisément c'est ici le cas, qu'il soit difficile de saisir, à la lecture du seul rescrit et sans connaître la requête, l'hypothèse visée par l'empereur.

Cependant il y a des points que l'on peut constater avec certitude.

1° Il s'agissait d'une donation faite par le requérant à une femme (*eam contra quam supplicas*); la question soulevée portait sur la validité ou la nullité de cette donation (*donatio inrita est.*)

2° D'après la manière, évidemment très peu claire, dont le requérant (le donateur) exposait l'affaire, on pouvait interpréter l'acte de donation de deux façons :

A) Ou bien le donateur avait donné la *propriété* de certains biens, avec clause de retour à son profit (première partie du rescrit : « *si proprietatem...* »)

B) Ou bien le donateur avait voulu donner l'usufruit à la donataire (2e partie du rescrit : « *si vero usumfructum...* ».) .

On comprend en effet que lorsqu'un individu a remis gratuitement des biens, avec clause de retour à son profit, pour le temps de la mort du gratifié, on puisse se demander s'il y a là une sorte de donation à cause de mort portant sur la propriété, ou bien une simple concession d'usufruit ?

L'empereur, mal éclairé par la requête sur la nature

de l'acte de donation, se place successivement à ces deux points de vue, afin de prévoir tous les cas :

Si l'acte est une concession d'usufruit, il décide que le requérant n'a pas pu aliéner ce droit (*usumfructum a proprietate alienare non potuisti*, deuxième partie du rescrit.)

Pourquoi le donateur n'a-t-il pas pu aliéner l'usufruit ?

La première partie du texte va nous répondre. L'empereur y décide que si l'acte constitue une donation portant sur la propriété, cette donation est nulle parce que le donateur *n'était pas lui-même propriétaire de la chose donnée* au moment de la donation : un obstacle [36] avait empêché qu'il acquît cette propriété ; en d'autres termes, elle n'*avait pu* lui être transférée : « *cum proprietas ad te transferri nequiverit* » [37].

Ah ! si le donateur n'était pas propriétaire au temps de la donation, on s'explique aisément qu'il n'ait pu transférer à l'*accipiens* ni la propriété ni l'usufruit.

Le donateur était-il devenu plus tard propriétaire ? C'est probable, sans quoi on ne verrait pas quel intérêt il aurait à réclamer aujourd'hui la nullité de la donation.

Ainsi en lisant *ce qui est dans le texte*, on obtient un sens intelligible et en harmonie avec la fin du rescrit, qui demeure inexplicable si on lit « *ad tempus*, » c'est-à-dire si on *altère* le texte.

Les compilateurs ont rencontré ce rescrit dans le

36. Nous n'avons pas à rechercher quelle pouvait bien être la nature de cet obstacle ; la requête l'indiquait sans doute ; le rescrit constate expressément son existence, et cela nous suffit ; il n'en détermine pas la nature. Vouloir la préciser, ce serait se lancer dans le domaine des conjectures. On en pourrait présenter plusieurs, mais c'est inutile.

37. Remarquons le temps du verbe *nequiverit*. — Si l'empereur avait voulu poser *le principe* que la propriété ne peut être transférée *ad tempus*, il aurait plutôt dit : *Donatio irrita est, cum proprietas ad tempus transferri* NEQUEAT, au présent du subjonctif. Au contraire il dit : NEQUIVERIT, au passé, ce qui indique que, *dans l'espèce*, le donateur n'avait pu acquérir la propriété.

Code Grégorien, c'est-à-dire là où l'avait pris l'auteur des fragments du Vatican ; ils l'y ont trouvé dans le même état, séparé de l'exposé des faits.

Ils ont commencé par copier de confiance jusqu'au mot « *donatio* », mais quand ils ont lu « *inrita est* », ne trouvant pas dans le rescrit les motifs de la nullité — et il ne faut pas le leur reprocher puisque les modernes [38] ne les ont pas trouvés non plus — ils ont mis : « *donatio valet* » et motivé cette solution d'une manière quelconque, la première venue, car ils allaient vite : « *cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quæ ei imposita est conservanda* ».

Voilà, suivant toute vraisemblance, comment les choses ont dû se passer [39] !

306. — D'ailleurs le fameux « *ad tempus* » ne pouvait pas figurer dans le rescrit pour une autre raison.

La règle : *proprietas ad tempus transferri nequit*, qui est d'ailleurs certaine, et qui, à notre avis, n'a jamais complètement cessé d'être vraie en droit romain, ne pouvait absolument pas servir de motif pour annuler la donation dont il est question dans le fragment 283.

Si le donateur a transferré la propriété : *ita ut..... ad se rediret,* la conséquence du principe n'est pas du tout la nullité du transfert ; la propriété sera transférée *in perpetuum*, et l'aliénateur aura une action personnelle pour se la faire retransférer.

Les servitudes réelles ne peuvent être constituées *ad tempus ;* si pourtant on les a établies avec cette

38. Sans en excepter Schulin, qui a pourtant montré dans toute cette matière une merveilleuse sagacité, mais qui accepte bien à tort la leçon de Rudorff, et néglige la seconde partie du rescrit.

39. On remarquera que nous prenons le texte *tel qu'il est*, sans la moindre émendation. Si on nous permettait d'en supprimer la moitié et de changer quelque chose au reste, comme il faut le faire dans le système opposé, les explications plausibles ne manqueraient point : on n'aurait que l'embarras du choix.

clause, elles sont constituées *in perpetuum*, *ipso jure*, mais on pourrait, à l'arrivée du terme ou de la condition en empêcher l'exercice en opposant l'exception de dol à l'action confessoire [40].

De même les obligations ne peuvent être constituées *ad tempus*, elles seront donc perpétuelles, sauf l'exception de pacte ou de dol qui les paralyserait à l'expiration du délai [41].

L'analogie mène donc à décider que la propriété transférée : *ita ut... rediret*, sera transférée pour toujours, sauf l'obligation de la retransférer. La solution contraire ne serait pas en harmonie avec les règles certaines admises pour les servitudes et les obligations.

M. Bufnoir le reconnaît (p. 147). Mais le § 283 ne permet pas, dit-il, de s'arrêter à cette doctrine (toujours à cause des mots *ad tempus* qui n'y sont pas). Seulement, lorsqu'il s'agit d'expliquer des solutions si divergentes, le savant professeur avoue son embarras ; la solution qu'il propose est, il le reconnaît, extrêmement subtile, il termine en disant : « Il me paraît difficile de présenter à cet égard autre chose que des conjectures. »

En effet, ces solutions contradictoires seraient inexplicables !

Mais allons plus loin. Il est un texte qu'on oublie : Papinien [42] y prévoit une donation faite sous une clause dont les termes sont identiques à ceux employés par le § 283.

Dans ce dernier fragment la donation est faite : « *ita ut (proprietas) ad te rediret.* »

Dans la L. 42, elle est faite sous la clause identique : « *proprietas ad eam rediret.* »

Eh bien, d'après Papinien, cette clause n'empêche

40. L. 4. D. *De serv.* 8, 1.
41. L. 44, § 1. D. *De O. et A.* 44, 7.
42. L. 42, pr. D. *De don. m. c.*, 39, 6. Voyez *supra* n° 195 et note 13.

en aucune façon la propriété de passer au donataire ! Cela ne fait même pas question pour le jurisconsulte.

Si le principe que la propriété ne peut être transférée *ad tempus* avait pour conséquence d'annuler le transfert de propriété fait sous la clause : *ut proprietas rediret*, alors Papinien ne pourrait reconnaître la validité de cette clause qu'à la condition de repousser le principe : *proprietas ad tempus transferri nequit*; il faudrait donc dire que Papinien admettait le transfert *ad tempus*, ce que personne n'a jamais soutenu; ce qui serait contredit par la L. 42 elle-même, puisque Papinien y attribue la revendication au donataire, même après l'arrivée de la condition.

Ainsi ceux qui font annuler par Diocletien une donation conçue dans les mêmes termes que celle prévue par le texte de Papinien, sous le prétexte que : *proprietas ad tempus transferri nequit*, prêtent à cet empereur une véritable hérésie juridique [43] !

307. — De tout cela concluons que le § 283 des Fragments du Vatican est complètement étranger à la question qui nous occupe. Certes, le principe : *proprietas ad tempus transferri nequit*, subsistait sous Dioclétien comme à l'époque d'Ulpien, mais il n'est point proclamé dans ce paragraphe; par suite l'argument que l'on tire de son rapprochement avec la L. 2, C. *De don. quæ sub modo*, pour prouver que le principe est abrogé sous Justinien, cet argument, disons-nous, manque par la base. Ce fameux § 283 a dû sa fortune

43. Une clause plus énergique encore, par laquelle l'aliénateur stipulerait qu'à l'arrivée d'un événement les choses par lui aliénées lui *appartiendront*, n'empêcherait pourtant pas la propriété de passer à l'acquéreur, et l'aliénateur n'aurait qu'une action personnelle pour se la faire retransférer : L. 8, C. *De jure dot.*, 5, 12, Gordien, 241 : *Etiamsi non dotem reddi sibi mater, sed ea quæ in dotem data sunt, ut eam sequerentur, vel ad se* PERTINERENT, *in matrimonio defuncta filia, stipulata sit, durante matrimonio filia decedente, actionem ex stipulatu videri quæsitam, æquissimum esse judicamus.* — La question de savoir si la propriété a passé au mari n'est pas même soulevée, et il s'agit seulement de savoir si la mère est créancière de la restitution de la dot.

juridique au système ingénieux que l'autorité du savant doyen de Paris a depuis trente ans imposé à la doctrine; nous croyons qu'il doit retomber dans l'oubli : *habent sua fata... fragmenta !* (Voyez l'Appendice).

308. — La constitution 26 au Code *De legatis*, 6, 37, prouve-t-elle du moins que Justinien ait abrogé le vieux principe ?

C'est ce que nous allons examiner maintenant. Ce texte est ainsi conçu :

Idem (Imperator Justinianus) A. Joanni P. P. :

Illud quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes etiam talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere, et firmitatem habere. Cum enim jam constitutum sit, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est etiam legata et fideicommissa, quæ ad tempus relicta sunt, ad eamdem similitudinem confirmari : post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissorio cautionem in personam heredis exponere ut ei post transactum tempus res, non culpa ejus deterior facta, restituatur. Datum XV kal. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis VV. C. C. Anno II (532).

« Les jurisconsultes ont déclaré nuls les legs et les » fidéicommis temporaires. Corrigeant cette solution, » nous décidons que cette espèce de legs ou de fidéi- » commis est bonne et valable. Car, puisque déjà l'on » peut faire des donations et des contrats temporaires, » il est logique de valider aussi, par analogie, les legs » ou fidéicommis qui sont laissés pour un temps. » Le temps écoulé, ces legs ou fidéicommis revien- » dront à l'héritier, auquel le légataire sera forcé » de promettre, pour après l'expiration du délai,

» la restitution de la chose non détériorée par sa » faute.

309. — Un legs a été fait en ces termes : je lègue à Titius pour dix ans la propriété du fonds Cornélien.

Pourquoi, avant Justinien, déclarait-on ce legs nul?

Voici l'explication de Schulin [44]:

Quand une personne a clairement déclaré qu'elle voulait transférer la propriété *ad tempus*, et qu'il n'y a aucun doute sur sa volonté, l'acte est entièrement nul, parce que le disposant a voulu l'impossible. Tel est le motif de la nullité des legs temporaires. Mais si la propriété est transférée avec la clause qu'elle doit revenir à l'aliénateur après un certain temps, *ou si tout au moins il est possible d'interpréter ainsi sa pensée,* alors l'acte est parfaitement valable, mais l'acquéreur est *obligé personnellement* à retransférer la propriété à l'expiration du délai.

M. Bufnoir avait déjà proposé une explication analogue [45], la nullité de l'acte n'aurait lieu selon lui, qu'en cas de tradition et de legs qui sont gouvernés, dans leurs effets par la volonté du *tradens* ou du testateur. Le disposant a voulu transférer la propriété *ad tempus* : on ne peut violer sa volonté en la déclarant acquise à toujours ; d'un autre côté, il n'est pas possible de la transmettre pour un temps ; d'où la conséquence qu'il n'y aura rien de fait. Dans le cas de mancipation, au contraire, la propriété serait transmise *in perpetuum*, sauf l'obligation de retransfert.

Les deux auteurs appliquent aussi cette interprétation au § 283 Frag. Vat. Si la donation faite « *ita ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret* », est nulle, ce serait d'après ces auteurs, parce que le disposant a

44. *Resolutivbedingung*, p. 195-202.

45. *Op. cit.* p. 148, note 1. Le savant professeur ne la donne d'ailleurs que comme une conjecture.

clairement manifesté sa volonté de ne transférer la propriété que pour un temps, ce qui est impossible ; l'on ne peut sans méconnaître ses intentions admettre que la propriété est transmise à toujours, sauf obligation de retransfert.

310. — Mais nous venons de voir que dans l'espèce prévue par Papinien (L. 42, D. *De don. m. c.* 39, 6) la clause était conçue exactement dans les mêmes termes que dans le § 283 Frag. Vat. : *proprietas rediret ;* pourtant dans la L. 42, la propriété est transmise *in perpetuum,* et la clause est interprétée comme ayant pour but d'obliger le donataire à retransférer la propriété. Et il en est de même dans le cas de la L. 8, D. *De jure dotium* 23, 3, citée plus haut, où l'aliénateur avait plus énergiquement encore stipulé le retour de la propriété.

Donc l'explication proposée n'est pas admissible pour le § 283. Elle ne l'est pas davantage pour la L. 26, C. *De legatis*, 6, 37.

Ce n'est pas du tout l'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus* qui annulait anciennement les legs faits *ad tempus*. En effet :

1° Nous venons de voir que cette impossibilité n'annulait pas les actes translatifs de propriété entre-vifs, mais qu'on donnait effet à la volonté du disposant en obligeant l'acquéreur à retransférer la propriété. Donc, par analogie, il doit en être de même en matière de legs : le légataire doit acquérir la propriété, sauf à être tenu d'une obligation de retransfert, sur la nature de laquelle nous aurons à nous expliquer tout à l'heure. Cette obligation peut lui être imposée *au profit d'une personne déterminée*, par un fidéicommis, et rien n'empêche d'interpréter le testament en ce sens que le légataire sera en effet grevé d'un fidéicommis de restitution.

Les servitudes réelles, pas plus que la propriété, ne peuvent être constituées *ad tempus,* parce qu'elles participent du caractère de perpétuité qui appartient au *dominium*. Pourtant, si en fait elles ont été transférées *ad tempus*, l'acte n'est pas nul, mais on donne effet à la volonté du disposant, en permettant, après l'expiration du délai, au propriétaire du fonds servant de repousser l'action confessoire du propriétaire du fonds dominant, par une exception de dol ou de pacte [46].

De même une obligation ne saurait être contractée *ad tempus*; si pourtant elle l'a été, la stipulation n'est pas nulle, mais si, après le délai, le créancier voulait réclamer le paiement, il serait repoussé par les mêmes exceptions [46 bis]. De la sorte on donne satisfaction aux intentions des parties.

Ainsi, d'une manière générale, le fait qu'un droit, par son caractère perpétuel, n'est pas susceptible d'être transféré ou constitué *ad tempus*, n'annule pas l'acte par lequel il a été transféré pour un temps, et n'empêche pas qu'il soit transféré à perpétuité, mais on donne pourtant satisfaction à la volonté de celui qui a constitué le droit, soit en lui assurant une exception, soit en obligeant l'acquéreur à un retransfert.

Pourquoi en serait-il autrement dans le cas de legs ? Pourquoi la propriété ne serait-elle pas transférée au légataire, sauf obligation de retransfert ?

311. — 2° Justinien nous affirme dans la L. 26, C. *De legatis*, que non seulement les legs temporaires, mais encore les *fidéicommis* temporaires, étaient autrefois frappés de nullité [47]. Cette nullité, en ce qui touche les

46. L. 4, pr. D. *De servit*. 8, 1.

46 *bis*. L. 44, § 1, D. *De O. et Act.*, 44, 7.

47. Justinien le dit expressément; mais quand il ne l'aurait pas dit, cela n'en serait pas moins certain. En effet, s'il avait été permis de laisser des fidéicommis temporaires, Justinien n'aurait pas eu besoin en 532, date de la L. 26. *De legatis*, d'abroger la prohibition des legs temporaires, puisque cette pro-

fidéicommis, ne peut pas découler de l'idée que la propriété ne saurait être transmise *ad tempus*. Pour le legs, on comprend encore qu'on puisse dire : « le legs transfère la propriété et la propriété ne peut être transférée *ad tempus*, donc il faut déclarer le legs nul, car si on le déclarait valable, la propriété serait transférée à toujours, contrairement aux intentions du testateur. » Mais on ne peut tenir le même raisonnement pour le fidéicommis qui ne transférait point la propriété [47 bis] et donnait seulement un droit de créance au fidéicommissaire.

Si un testateur avait dit : « je prie mon héritier *Primus* de donner à *Secundus* le fonds Cornélien pour dix ans, ou jusqu'à la mort de *Secundus* », en quoi l'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus* aurait-elle pu annuler ce fidéicommis ? L'héritier *Primus* n'aurait-il pas pu l'exécuter en faisant tradition à *Secundus* du fonds Cornélien avec cette clause : « *ut post decem annos*, *aut post mortem Secundi*, *proprietas ad se rediret* [48] ? » N'aurait-il pas pu en transférant la propriété, exiger du fidéicommissaire l'engagemnt, au besoin garanti par des cautions ou des hypothèques, de lui retransférer la propriété à l'expiration du délai fixé ? Ne pourrait-il pas se refuser à l'exécution en opposant l'exception de dol, si le fidéicommaissaire ne voulait pas prendre cet engagement ?

Il y aurait donc des moyens faciles de se conformer à la volonté du testateur, et l'on ne voit pas comment l'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus*, pourrait entraîner ici la nullité de la disposition.

hibition aurait été abrogée déjà trois ans auparavant par l'assimilation des legs aux fidéicommis, opérée par la L. 1. C. *Communia de legatis*, 6, 43, qui est de 529.

47 *bis*. Gaius II, § 262. — Inst. II, 24, § 1. — Paul Sent. IV, 1, § 18.

48. *Proprietas rediret*, clause identique à celle dont il est question dans la L. 42, pr. D. *De mort. causa don.* 39, 6. (Voyez *supra* n° 295) qui est parfaitement valable et oblige l'acquéreur à retransférer la propriété.

Les textes nous citent un cas où le testateur, après avoir grevé son héritier d'un legs, prie le légataire de restituer *à cet héritier* au bout d'un certain temps. Le légataire est, au bout du temps fixé, grevé d'un fidéicommis de restitution au profit de l'héritier [48 bis].

Donc, si un legs ou un fidéicommis a été fait *ad tempus*, on ne voit pas du tout pourquoi l'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus* le rendrait nul, puisqu'il est très possible de donner effet à la volonté du testateur, en considérant le légataire ou le fidéicommissaire comme grevé, pour le temps marqué, d'un fidéicommis de restitution au profit de l'héritier !

Ainsi, d'une part il est certain qu'un fidéicommis conçu en ces termes eût été valable :

« Je prie mon héritier *Primus* de donner à *Secundus* le fonds Cornelien, et je prie *Secundus* de restituer ce fonds à *Primus* au bout de dix ans ou à la mort de *Secundus* » (L. 29 D. *Ad leg. Fal.* 35, 2) ;

Tandis, qu'au témoignage de Justinien, un fidéicommis ainsi conçu eût été nul :

« Je prie mon héritier *Primus* de donner le fonds Cornelien à *Secundus*, pour dix ans, ou jusqu'à la mort de *Secundus* » (fidéicommis temporaire).

312. — Ayant ainsi précisé les idées, on recherchera plus facilement la cause de la nullité de la seconde formule. Mais, quand bien même on ne réussirait pas à en donner une explication absolument satisfaisante, il n'en resterait pas moins certain, à nos yeux, en vertu des raisons précédentes, que cette nullité ne peut dé-

48 *bis*. L. 29, D. *Ad leg. Fal.* 35, 2 : *Si a me tibi fideicommissum vel legatum est, tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, non puto hoc imputandum in Falcidia, quia incipio postea quasi fideicommissarius id recipere.* On sait que l'héritier n'impute sur la Falcidie que ce qu'il reçoit à titre d'héritier. Or, c'est à titre de fidéicommissaire qu'il reçoit l'objet légué des mains du légataire obligé de le lui restituer après un certain temps. Donc, ne recevant pas ce bien à titre d'héritier, il ne doit pas l'imputer sur le quart de la succession auquel il a droit en vertu de la loi Falcidie.

couler de la maxime *proprietas ad tempus transferri nequit.*

Dans un legs ou fidéicommis temporaire, *la personne* à laquelle doit appartenir l'objet après l'expiration du délai fixé, *n'est pas déterminée.* On dit bien que le fidéicommissaire (ou le légataire, peu importe) devra être propriétaire pendant un certain temps, mais le testateur n'a pas déterminé la personne à laquelle doit être faite la restitution à l'époque fixée. Il est constant que la propriété ne saurait être transférée autrement que pour toujours ; par conséquent on ne peut interpréter un legs temporaire que comme un legs contenant un fidéicommis de restitution au profit de ceux qui représenteront le testateur à l'expiration du terme certain ou incertain que le testateur a indiqué.

Mais ces représentants sont des personnes tout à fait incertaines, tandis que dans le cas prévu par la L. 29, D. *Ad leg. Fal.* 35, 2, le testateur a déterminé la personne à laquelle cette restitution serait faite.

Dans un legs ou fidéicommis temporaire, qui pourrait, au bout du temps fixé, réclamer la restitution par la *fideicommissoria petitio* ? Les héritiers, ou les héritiers des héritiers si ces derniers sont morts, ou enfin le fisc si le fisc se trouve être en définitive le représentant du testateur !

On peut soutenir qu'il n'y a pas là une désignation suffisante du gratifié et que le fidéicommis de restitution est nul comme fait à une personne tout à fait incertaine [49] puisque cette personne peut être n'importe qui, voire même le fisc !

Sans doute il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire d'une libéralité soit toujours déterminé à l'avance avec une rigoureuse précision. Les fidéicommis de fa-

49. Inst. II, 20, § 25. — Ulp. 24, § 18. — Paul. Sent. III, 6, § 13.

mille[50] nous fournissent des exemples de dispositions dont le bénéficiaire doit seulement appartenir à une certaine catégorie de personnes. Mais là encore il y a une détermination, tandis qu'un legs temporaire contiendrait à la charge du légataire un fidéicommis de restitution au profit d'une personne absolument incertaine, n'appartenant à aucune catégorie déterminée.

Quand un testateur fait un legs temporaire, il manifeste par là l'intention de grever son légataire d'un fidéicommis de restitution au profit de la personne qui représentera le testateur au jour fixé pour cette restitution, c'est-à-dire à l'expiration du temps pour lequel le legs est fait.

Or, cette personne est tout à fait incertaine !

Dès lors, la volonté du testateur ne pouvant recevoir sa pleine exécution, on conçoit qu'on ait annulé la disposition principale elle-même.

Du reste Justinien était logique en abrogeant cette nullité des legs et fidéicommis temporaires, puisque, par une constitution [50 bis], il avait aboli l'incapacité des personnes incertaines. Si, comme nous le pensons, la nullité des legs temporaires était basée sur l'incapacité des personnes incertaines, l'abolition de cette nullité n'était que la conséquence naturelle de la suppression de cette incapacité.

313. — L'empereur s'appuie d'ailleurs sur ce qu'on peut faire des donations et des contrats temporaires, c'est-à-dire sans doute aliéner à titre gratuit ou onéreux, en imposant à l'acquéreur l'obligation de restituer au bout d'un certain temps.

50. Voyez par exemple: L. Olivier, Thèse de Doctorat: Des fidéicommis de famille et des substitutions prohibées, Lyon, 1882.

50 *bis*. Cette constitution formait probablement la loi *unica*. C. 6, 48, *De incertis personis*; elle ne nous est pas parvenue, ayant été omise dans le *Codex repetitæ prælectionis*. Justinien y fait allusion aux Institutes, II, 20, *De legatis* § 27.

Ainsi, on pouvait faire une donation de telle sorte que le donataire fût obligé, au bout d'un certain temps ou à l'arrivée d'un événement futur, de rendre l'objet donné au donateur ou même à ses représentants. Cette obligation était sanctionnée par une *condictio* — soit par la *condictio sine causa*, donnée, on le sait, non seulement en cas de transfert opéré *sine causa*, mais encore lorsque la juste cause qui avait motivé le transfert est résolue, *causa quæ finita est* [51] — soit par la *condictio ob rem dati*, *re non secuta* [52].

D'un autre côté, on peut aussi conclure des ventes résolubles sous diverses conditions, se réserver la faculté de rachat, en telle sorte qu'au bout du temps fixé ou à l'arrivée de l'événement prévu, l'acheteur soit obligé de rendre la chose au vendeur ou à ses représentants.

Dès lors Justinien trouve logique (*consequens*) de décider que l'on pourra faire par un legs ce que l'on peut faire déjà par une donation ou par une vente [53], c'est-à-dire *obliger* le légataire à rendre l'objet légué à l'héritier ou aux héritiers de l'héritier ou, d'une manière générale, aux représentants du testateur, après l'expiration du délai fixé.

314. — Abstraction faite de toutes les considérations précédentes, et en supposant même pour un instant que la règle : « *proprietas ad tempus transferri nequit* » fût le motif de la nullité des legs ou fidéicommis temporaires, rien ne prouverait que la L. 25, C. *De legatis* ait abrogé cette règle. Car si elle l'avait abro-

51. L. 1, § 2, D. *De cond. sine causa*, 12, 7.

52. L. 35, § 3, D. *De mort. causa don.* 39, 6 : *Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat negotium gerit, scilicet ut, quum convaluerit, reddatur sibi, nec dubitaverunt Cassiani quin condictione repeti potest quasi re non secuta*... (Paul).

53. *Cum enim jam constitutum est fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est etiam legata vel fideicommissa quæ ad tempus relicta sunt, ad eamdem similitudinem confirmari.*

gée, il n'eût pas été nécessaire d'imposer au légataire l'obligation de promettre par stipulation à l'héritier la restitution de la chose à l'expiration du délai fixé. Dans le système contraire, on est obligé de réduire l'engagement que prend le légataire, uniquement à l'obligation de ne pas détériorer l'objet par sa faute. Mais le texte ne dit pas tout à fait cela ; il porte : « *cautionem in personam heredis exponere, ut ei post transactum tempus res, non culpa ejus deterior facta, restituatur* », ce qui comprend *deux* obligations : 1° restitution de la chose ; 2° non détérioration.

Puisque le légataire s'oblige à restituer la chose, c'est que celle-ci ne revient pas de plein droit à l'héritier. Justinien veut que ce retour se produise, et pour y arriver il exige du légataire un engagement de retransfert [54], ce qui implique bien que la propriété ne revient pas de plein droit à l'héritier, sans quoi l'obligation de retransfert serait inutile.

Telle est, à notre gré, l'explication de la L. 26, C. *De legatis*, 6, 37, et si Justinien a porté quelque atteinte au vieux principe que la propriété ne saurait être transférée *ad tempus*, ce n'est ni dans ce texte ni dans les modifications que la L. 2, C. *De don. quæ sub modo*, 8, 55, a fait subir au rescrit de Dioclétien qui forme le § 283 des Fragments du Vatican.

315. — Si Justinien, ou un autre empereur avant lui, avait décidé d'une manière générale, que la propriété aliénée sous condition résolutoire reviendrait de plein droit à l'aliénateur, Justinien aurait dû alors remanier, refondre même entièrement tous les textes de l'époque classique qui avaient trait à cette théorie de la condition résolutoire, si féconde en applications juridiques de toute sorte.

54. *Iisdem legatis ad heredem remeantibus, necessitatem habente legatario cautionem in personam heredis exponere,* etc.

Comme il ne l'a certainement pas fait, on est obligé, dans le système que nous combattons, de considérer la compilation, en ce qui touche notre matière, comme un effroyable chaos de solutions hétéroclites, une inépuisable mine d'antinomies !

A chaque pas on rencontre des textes qui contredisent la prétendue réforme de Justinien. Pour n'en rappeler qu'un seul, tel est le cas de la fameuse L. 42, D. *De m. c. don.*, 39, 6 [55]. Dans ce fragment, Papinien donne la revendication aux héritiers du donataire *mortis causa*, et cela contre le donateur lui-même.

Ce texte prouve catégoriquement que la propriété ne revenait pas de plein droit au donateur, ni à l'époque classique, ni même au temps de Justinien, puisqu'il figure dans les Pandectes. Autrement les compilateurs, en l'insérant, auraient commis une inadvertance impardonnable. La scholie de Stéphane, Bas. 24, 1, 12, voyez plus haut, nº 298, note 21 *ter*, montre d'ailleurs que, pour les Bysantins, en cas de condition résolutoire l'action du donateur était la *condictio*; ce qui ne laisse aucun doute sur leur pensée, c'est qu'ils opposent cette action à la *revendication* qui compète au donateur sous condition suspensive.

Ceux qui admettent que de tout temps la propriété conférée sous condition résolutoire revenait de plein droit à l'aliénateur, restreignent habituellement cette thèse au cas de tradition. Ils admettent, et il serait bien difficile ne ne pas l'admettre en effet, que s'il y avait eu mancipation, la propriété ne reviendrait pas de plein droit. Aussi, pour concilier le texte de Papinien

55. Voyez plus haut nº 295. Nous reproduisons ici, pour la commodité du lecteur, la partie essentielle de ce texte : *Seia, cum bonis suis, traditionibus factis, Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit et convenit, ut si Titius ante ipsam decessisset, proprietas ad eam rediret : si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. Igitur, si res singulas heredes Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio.*

avec leur thèse, ils supposent que le jurisconsulte avait écrit *mancipationibus factis*, et non pas *traditionibus*.

Mais alors les compilateurs auraient commis une maladresse plus grande encore que tout à l'heure. Non seulement ils auraient inséré un texte qu'il fallait laisser de côté, puisque selon les auteurs que nous réfutons la propriété reviendrait toujours de plein droit sous Justinien, mais encore ils auraient aggravé leur faute en l'*interpolant*, ils l'auraient fait entrer de force dans la compilation, en modifiant les expressions qui les avertissaient de le laisser de côté [56].

56. Nous croyons que Papinien avait écrit : *mancipationibus et traditionibus factis* (voy. n° 295); la solution ne varie pas selon le mode de transfert, pourvu que ce mode ait transféré la propriété quiritaire; voilà pourquoi les compilateurs ont pu insérer ce texte en retranchant *mancipationibus*. — Avant d'abandonner ce fragment, expliquons la phrase qui suit celle où le jurisconsulte décide que les héritiers de Titius, donataire *mortis causa*, verraient leur revendication repoussée par une exception de dol. Papinien ajoute : *bonæ fidei autem judicio constituto, quærebatur an mulier promittere debeat, se bona cum moreretur filiis Titii restituturam*? Des auteurs en ont conclu que par l'insertion de l'exception de dol, la revendication devenait une action de bonne foi (!!) ce qui renverse toutes les idées reçues sur la division des actions, car une action de bonne foi est nécessairement personnelle. Passe encore pour la pétition d'hérédité que Justinien déclare être de bonne foi (J. IV, 6 § 28); dans cette action, le demandeur peut, à certains égards se dire créancier; elle est par conséquent, une *mixta personalis actio*. (L. 7, C. 3, 31.) Mais la revendication ! Puis, comment le fait par le défendeur d'invoquer l'exception de dol, pourrait-il autoriser le juge à imposer à ce défendeur des prestations qu'il n'aurait pu lui commander sans cela ? L'exception de dol empirerait alors la situation du défendeur, résultat invraisemblable. — Papinien ne *raconte* pas que les héritiers ont revendiqué, il *suppose* qu'ils revendiquent : *si vindicent*... Passant à une autre hypothèse, il suppose qu'au lieu de revendiquer, ce qui échouerait à cause de l'exception de dol, ils intentent une action de bonne foi, par conséquent une action dont l'*intentio* sera : *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*. Pour déterminer l'action, il suffit maintenant de rechercher la teneur de la *demonstratio* rappelée par les mots : *ob eam rem*. Cette *demonstratio* ne peut évidemment consister que dans le narré des faits et conventions intervenus. Dans la formule ainsi reconstruite tout le monde a reconnu l'action *præscriptis verbis* : *intentio* semblable à celle des actions de bonne foi, précédée d'un exposé des faits (*præscriptis verbis*). Elle repose ici sur un contrat *do ut facias* : les héritiers du donataire, en s'abstenant de revendiquer, consentent à retransférer la propriété à la donatrice, et comme cette dernière a la chose entre les mains en qualité d'usufruitière, la propriété lui est en effet transférée par l'effet d'une tradition *brevi manu*, L. 9, § 5. L. 21, § 1, D. *De adq. rer. dom.* 41, 1. Dès lors on se demande si, en échange de ce transfert, ils peuvent exiger qu'on leur promette la restitution des biens à la mort de la donatrice : je transfère (*do*) pour que vous promettiez (*ut facias*) :

316. — Ainsi Justinien n'a jamais ni directement, ni d'une manière générale, abrogé l'ancien principe que l'un des compilateurs du Digeste répète encore en commentant cette œuvre, dans une scholie que les Basiliques nous ont conservée [57].

Mais ce n'est pas à dire que dans certains cas, en faveur de certaines personnes, il n'ait pas, d'une manière plus ou moins consciente, porté atteinte à la règle antique, ainsi qu'on va le voir.

Il serait d'ailleurs surprenant — qu'au milieu de tant de décisions plus ou moins utilitaires d'un législateur aussi fécond qu'omnipotent, se laissant guider dans chaque cas par le sentiment, par l'équité apparente, sans prendre souci des brèches qu'il pratiquait ainsi dans l'édifice régulier de l'ancien droit, ou des constructions hétéroclites qu'il y ajoutait et qui juraient avec l'ensemble — il serait surprenant, disons-nous, que le vieux principe fût sorti complètement indemne de ce chaos.

Il y a, par exemple, une réforme de Justinien qui implique nécessairement, dans certains cas, l'établissement d'une propriété temporaire.

Les lois 1, 2 et 3, C. *Communia de leg. et fid.*, 6, 43, assimilent les fidéicommis aux legs et donnent au bénéficiaire, quel qu'il soit, une action réelle [58], la revendication, pour réclamer la libéralité.

Dès lors il était logique de déclarer non opposables au légataire ou fidéicommissaire à terme suspensif ou sous condition suspensive, de quelque façon que la libéralité eût été faite, les aliénations, affranchisse-

Telle est la question examinée par le jurisconsulte à la fin du texte. *Bonæ fidei judicii constituto* signifie donc une action de bonne foi étant organisée. une formule ayant l'*intentio* des actions de bonne foi étant composée... Cette action de bonne foi qui n'a pas de nom spécial, c'est l'action *præscriptis verbis*.

57. Bas. Supp. 16, 1, 4. — Voy. plus haut, n° 298, 6°.

58. Outre l'action personnelle et l'action hypothécaire.

ments, ou constitutions de droits réels consentis par l'héritier [59].

Autrefois ces aliénations auraient été maintenues dans les cas de legs *per damnationem* ou de *fidéicommis* qui n'avaient pas donné de droit réel au légataire.

Mais — et voici l'atteinte véritable portée au vieux principe — cette action réelle appartient même à un fidéicommissaire à qui un *légataire* a été chargé de remettre l'objet légué au bout d'un certain temps. Supposons par exemple que le testateur ait légué le fonds Cornélien à *Primus*, et chargé celui-ci de le remettre, à sa mort, à *Secundus*. A cette époque *Secundus* a la revendication, et tous les droits réels consentis par *Primus* s'éteignent : d'où il résulte que le légataire *Primus* n'a *acquis* qu'une propriété temporaire !

Il n'est pas impossible que, par d'autres réformes, Justinien ait porté d'autres atteintes partielles à l'ancien principe, mais nous sortirions du cadre de cette étude en prolongeant nos recherches de ce côté.

317. — Reste à savoir cependant si les compilateurs, en plaçant au titre *de rei vindicatione* le texte d'Ulpien (L. 41) — qui accorde à l'acheteur sous la condition résolutoire de l'*addictio in diem* une action *in rem* tant que la condition n'est pas arrivée, et la lui refuse après, — n'ont pas voulu constituer en sa faveur une propriété temporaire ?

Il faut dire que non !

En effet, la Publicienne que les jurisconsultes classiques donnaient à l'acheteur, pendant l'intervalle entre l'achat et l'arrivée de la condition résolutoire (voyez ci-dessus n° 91 note 13), étant efficace contre tout le monde, même contre le vendeur, et produisant exactement les mêmes effets que la revendication, les com-

59. L. 3, §§ 2, 3, C. *Communia de leg.* Justinien décide même que les acquéreurs ne pourront invoquer l'usucapion.

pilateurs n'ont vu aucun inconvénient à classer ce texte parmi ceux qui traitent de la revendication.

Il n'y avait, à l'époque d'Ulpien, qu'une différence de formule, et quand les formules ont disparu, il n'y a plus eu aucun intérêt à appeler l'action en question Publicienne ou Revendication. N'oublions pas d'ailleurs que les deux actions ont fini par se fusionner et se confondre, que la *specialis actio in rem*, à l'époque du Bas Empire, renferme à la fois une revendication et une Publicienne, subsidiaires l'une à l'autre et comportant toutes les répliques [60] utiles pour repousser toutes les exceptions péremptoires qui pourraient, au cours des débats, être opposées par le défendeur [61]. Nous renvoyons, à cet égard, aux développements donnés plus haut, Chapitre XVIII.

L'action de l'acheteur réussit contre tout le monde avant la résolution de la vente; il ne l'a plus après. Voilà le résultat que les compilateurs voulaient constater. Le reste était pour eux une question de forme ne présentant plus qu'un intérêt purement historique.

Qu'importe de donner à l'acheteur sous condition résolutoire, avant l'arrivée de la condition, la revendication au lieu de la Publicienne, puisque les résultats des deux actions sont identiques? Une Publicienne qui réussit contre tout le monde, même contre le vendeur, ressemble tellement à la revendication qu'il n'y a plus d'intérêt à les distinguer !

Voilà, probablement, le raisonnement tenu par les compilateurs. Il est très suffisant pour expliquer qu'ils aient classé le texte sous la rubrique de la revendication.

60. Réplique de dol, réplique *rei venditæ et traditæ*, réplique tirée de ce qu'on a acquis a *domino*, ou *prior ab eodem non domino*, réplique *justi dominii*.

61. Exception *justi dominii*, d'une Publicienne égale, etc.

Ce raisonnement pèche pourtant en un point. Laisser croire que l'on donne à l'acheteur la revendication ordinaire, c'est induire le lecteur à lui reconnaître la propriété, à admettre que cet acheteur pourrait grever la chose de droits réels irrévocables.

Or telle n'est pas du tout l'intention des compilateurs! (Voyez L. 4, § 3, D. *De in diem,* 18, 2. — L. 3, D. *Quib. mod. pign.* 20, 6.) Ils veulent laisser cet acheteur dans la situation où il se trouvait à l'époque classique, c'est-à-dire dans celle d'un simple possesseur publicien, pouvant donner hypothèque si l'on veut, mais une hypothèque qui ne sera protégée par l'action Quasi-Servienne, que dans la mesure où le constituant est protégé lui-même par la Publicienne (L. 18, D. *De pign.* 20, 1), c'est-à-dire *pas du tout* après l'arrivée de la condition résolutoire, car alors l'acheteur perd la Publicienne, ainsi que nous l'avons vu au Chapitre IX.

Au surplus nous expliquerons cette question avec plus de détail au Chapitre XXVI.

En résumé, la L. 41, *De reiv.*, 6, 1, donne à l'acheteur sous condition résolutoire l'action réelle tant que son achat n'est pas résolu, et la lui refuse après l'arrivée de la condition résolutoire.

La question de savoir quelle est la nature de cette action n'a pratiquement d'intérêt que quand elle est accordée. Qu'importe le nom de cette action quand on me la refuse?

Or, quand on l'accorde à l'acheteur, elle a exactement le même effet que la revendication, elle est efficace contre tous, même contre le vendeur. La formule seule des deux actions diffère et cette nuance a disparu sous le régime de la procédure extraordinaire. Par conséquent, tout poussait les compilateurs à ranger ce texte sous la rubrique de la revendication, d'autant plus qu'ils ont pour principe de classer sous ce titre

tous les cas dans lesquels le droit classique donnait la Publicienne bien que l'on eût acquis *a domino*. Le *criterium* de ce classement n'est pas toujours exact, mais il avait l'avantage d'une extrême simplicité et convenait à la rapidité de travail qu'imposait aux compilateurs l'immensité de leur tâche.

Mais la preuve qu'ils n'ont pas, au fond, regardé l'acheteur comme propriétaire[62], c'est qu'ils lui refusent l'action réelle après la condition résolutoire accomplie !

Et qu'on ne voie pas là une pétition de principe !

Nous avons le droit de poser en thèse que, sous Justinien comme avant lui, la propriété ne saurait être transmise *ad tempus*, parce que nous espérons avoir établi cette vérité par les développements qui précèdent.

Par conséquent, lorsque nous rencontrons un texte qui accorde pendant un certain temps, et refuse ensuite l'action réelle à une personne, nous avons le droit d'en conclure que cette personne n'est point propriétaire, et d'ajouter que l'action réelle qui lui est donnée pendant un certain temps n'est point un indice certain de propriété, par le motif que cette action réelle n'est qu'une renvendication *utile*, c'est-à-dire donnée non pas *parce que* cette personne est propriétaire, mais *malgré qu'elle ne le soit pas*. C'est la Publicienne !

D'ailleurs les compilateurs ne se sont point fait scrupule de ranger sous le titre de la revendication un texte traitant d'une revendication utile, puisque, comme ils l'ont par une interpolation, fait dire à Paul dans la L. 47, § 1, D. *Neg. gestis*, 3,5 :

Nec refert directa quis an utili actione agat, vel conveniatur, [quia in extraordinariis cognitionibus], ubi

62. Et nous tâcherons de montrer au Chap. XXVI. qu'en effet, il n'est pas propriétaire.

conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est], *maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eumdemque habeat effectum.*

Revendication utile ou revendication directe !... la différence n'est plus pour eux qu'une subtilité de mots, et tout cela doit être rangé sous la rubrique de la *revendication.*

Section V. — *Base juridique de la règle: «proprietas ad tempus transferri nequit.» — Comment se concilie-t-elle avec la possibilité d'être propriétaire à terme extinctif, et avec certaines dispositions relatives aux ventes d'esclaves?*

318. — Quelle est la base juridique de la maxime: «*proprietas ad tempus transferri nequit*»? Comment peut-elle se concilier avec les textes d'après lesquels on peut quelquefois *être* propriétaire à terme extinctif, et avec les effets de certaines clauses de vente d'esclaves? — 319. Ce n'est pas le respect des Romains pour le droit de propriété qui a motivé la règle; mais transférer la propriété *ad tempus*, ce serait créer un droit *sui generis* nouveau non reconnu par les lois. — 320. Quelle est la situation de l'héritier lorsque le testateur a légué la propriété à terme ou sous condition? — Quelle est celle de l'aliénateur conditionnel dans les cas où il n'y a pas de rétroactivité? Distinction de ces cas. — 321. Examen préalable de la situation du propriétaire futur. Il n'est pas encore propriétaire et ne saurait aliéner, mais il deviendra sûrement propriétaire au jour du terme ou à l'arrivée de la condition. — 322. Cela suppose que tous les actes juridiques nécessaires au transfert de la propriété ont été accomplis, et qu'il ne manque plus que l'expiration du délai ou l'arrivée de la condition pour que ces actes produisent leur effet. — 323. Situation du propriétaire actuel. Il ne peut, par aucun acte juridique, modifier le droit futur du propriétaire à terme ou sous condition. Analogie avec les droits de l'héritier sur le *statuliber*. — Il se trouve donc propriétaire à terme extinctif ou sous condition extinctive, en d'autres termes : propriétaire *ad tempus*. — 324. Comment cette situation se concilie-t-elle avec la règle *proprietas ad tempus transferri nequit*, et avec le motif que nous lui avons attribué? — 325. Pourrait-on trouver dans la possibilité d'être propriétaire à terme extinctif, un moyen d'éluder la règle en question? — 326. Ne portent pas non plus atteinte à la règle, les droits reconnus au profit du vendeur d'esclaves en cas de contravention à certaines clauses de la vente, clauses intéressant l'humanité ou l'ordre public.

318 — Avant de laisser de côté cette règle fameuse : «*proprietas ad tempus transferri nequit*,» que le droit romain n'a jamais abandonnée en principe, il est bon

d'en étudier le fondement juridique et de rechercher comment elle se concilie avec deux séries de décisions fournies par nos sources :

1° D'une part les textes reconnaissent qu'on peut *être* propriétaire à terme extinctif ou sous condition extinctive, lorsque la chose objet du droit a été aliénée à terme suspensif ou sous condition suspensive.

La situation de l'aliénateur (ou de son héritier, si l'aliénation résulte d'un legs) n'est-elle pas celle d'un propriétaire *ad tempus*, puisque l'arrivée du terme ou de la condition, en faisant passer le *dominium* sur la tête d'un autre, mettra fin à la propriété du propriétaire actuel, et cela sans qu'il puisse empêcher ou entraver par aucun acte de disposition cette extinction de la propriété dans sa personne ?

2° D'autre part, lorsque l'acquéreur d'un esclave viole certaines clauses imposées par l'aliénateur, comme celle de ne pas affranchir l'esclave, ou de ne pas le laisser revenir près du domicile de son ancien maître, nous voyons cet acquéreur perdre subitement son droit de propriété, et ce droit revenir à l'aliénateur, du moins dans certains cas.

Ces solutions ne font-elles pas brèche au principe : « *proprietas ad tempus transferri nequit* » ?

319 — Et d'abord, pourquoi la propriété ne peut-elle être transférée pour un temps ?

Est-ce, comme quelques-uns l'ont pensé, par suite du grand respect des Romains pour ce droit ?

On les voit décider qu'on ne saurait donner son fils en adoption pour un temps [63] ; on sait aussi que le mariage est nécessairement contracté pour toujours, bien que le fils puisse être émancipé, bien que le divorce puisse rompre le mariage.

63. L. 32, pr. L. 33, D. *De adop.*, 1, 7 : *Nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.*

De même ici, pourrait-on dire, bien que vous puissiez sans doute aliéner votre droit, vous ne sauriez l'acquérir autrement que pour toujours.

Cette idée ne nous semble pas exacte. On comprend fort bien que permettre de constituer pour un temps des liens de famille, c'eût été traiter ces liens bien légèrement, car ils sont, de par leur nature même, destinés à durer autant que les personnes. Mais il n'en est point de même pour la propriété qui constitue un objet de commerce, on la verra passa de main en main sans en être choqué, et on ne manquera pas au respect dû à ce droit en déterminant d'avance l'époque où, quittant le patrimoine de l'acquéreur, elle reviendra à l'aliénateur.

Une autre idée nous paraît fournir l'explication cherchée. La propriété, d'après la définition romaine, c'est le pouvoir absolu sur les choses, *plena in re potestas*, puissance dont le *jus abutendi*, le droit de disposer, constitue l'essence. Transférer la propriété pour un temps, c'est manifestement enlever à l'acquéreur ce droit absolu de disposition. Notamment il ne lui sera point permis de mettre la chose hors du commerce, d'affranchir l'esclave, de consacrer à la divinité le terrain qu'il a acquis !

Donc, ce qu'on lui a transféré n'est point et ne peut pas être la propriété, mais seulement une portion, un démembrement de ce droit. Ces démembrements sont limitativement déterminés par le législateur, ils satisfont à tous les besoins de la pratique, et personne ne peut se permettre de forger à son caprice des droits nouveaux que la loi ne connaît ni ne sanctionne.

Quels seraient au juste les effets de ces droits qui, constituant des droits réels, intéressent la société tout entière et non pas seulement deux personnes déterminées, comme le font les obligations ? Autoriser ces créations capricieuses de droits nouveaux, ce serait

jeter le désordre et l'obscurité dans une législation qui doit être aussi précise et aussi claire que possible.

Elle reconnaît un assez grand nombre de droits réels temporaires de leur nature, ou pouvant au gré des parties, être créés pour toujours ou pour un temps : l'usufruit, l'usage, l'habitation, les *operæ servorum*, l'emphytéose, la superficie. Entre ces divers droits les parties ont un choix assez large, et quand elles l'auront fait tout le monde connaîtra sans difficulté la nature et les conséquences du droit concédé.

Mais la propriété temporaire n'étant ni la propriété ni un de ses démembrements connus, on ne saurait transférer ce droit étrange ; par conséquent si l'on voit que telle a été l'intention des parties, pour lui donner satisfaction dans la mesure du possible, on devra substituer deux droits connus à cette œuvre mal venue, transférer la propriété pure et simple à l'acquéreur, en créant à sa charge une *obligation* de retransfert.

320. — Deuxième question. Supposons qu'un testateur ait légué la propriété d'une chose, mais en subordonnant sa libéralité à une condition suspensive, ou en la retardant jusqu'à une époque déterminée.

Rappelons-nous d'ailleurs que la condition ne rétroagit jamais dans les testaments [64]. Il en serait autrement dans les actes entre vifs.

Par exemple, dans une tradition sous condition suspensive la condition rétroagira si les parties l'ont ainsi entendu, et, pour reconnaître leur intention, il suffit de se demander ce qu'elles auraient fait, si douées de seconde vue et pouvant ainsi percer les ténèbres de

64. Voy. par ex. L. 42, pr. D. *De O. et A.*, 44, 7. Nous sortirions de notre cadre en essayant de donner ici la raison de cette particularité. Peut-être essaierons-nous ailleurs d'expliquer quelle est, à nos yeux, la base de cette règle.

l'avenir, elles avaient été assurées que la condition se réaliserait ?

Dans cette hypothèse, si l'on croit qu'elles auraient fait l'acte purement et simplement, la condition rétroagira : c'est là donner effet à leur intention ;

Si au contraire, même assurées de l'arrivée de la condition, elles n'auraient pas voulu que la propriété fût transférée tout de suite, mais seulement à l'arrivée de l'événement prévu, alors la condition ne rétroagira pas.

C'est une question d'intention [65].

Eh bien, lorsqu'un legs de propriété a été laissé sous condition suspensive, ou à terme suspensif, lorsqu'une

65. C'est ainsi qu'il faut interpréter la L. 11, § 9, D. *De don. inter virum et uxorem*, 24, 1. Cette question d'intention ne peut pas s'élever dans les donations à cause de mort ordinaires sous condition suspensive; le donateur en effet, quand bien même il serait certain que le donataire lui survivra, ne voudrait pas le rendre propriétaire actuellement, mais seulement à l'époque de son propre décès. S'il avait voulu transférer immédiatement la propriété, il aurait donné sous condition résolutoire et non pas sous condition suspensive. Par conséquent la question d'intention ne se pose pas. Elle se pose au contraire dans les donations à cause de mort entre époux ; même faite sous condition résolutoire, la donation entre époux ne peut transférer la propriété qu'à la mort du donateur. Mais alors les motifs de la prohibition des donations entre époux cessant complètement, ne va-t-on pas pouvoir donner effet à leur intention ? Oui : la condition (survie du donataire) étant accomplie, on la fera rétroagir, et la propriété sera censée avoir été transférée du jour de l'acte. Ainsi, toutes les fois que l'intention du donateur aura été de rendre le donataire propriétaire *hic et nunc*, s'il lui survivait, le donataire survivant sera considéré comme ayant été propriétaire depuis la donation. Dans le cas contraire la condition ne rétroagira pas. L. 11, § 9, précitée : *Si uxor rem quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitæ tempus mulieris fuit. Plane, in quibus casibus placeat retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.* — Ainsi, si la donation ne rétroagit pas, la donataire ne peut aliéner *pendente conditione* ; elle le peut au contraire, s'il y a rétroactivité, car alors elle sera censée avoir été propriétaire au jour où elle a aliéné. — Les compilateurs, en faisant leurs coupures, ont déplacé l'ordre du *prœmium* et du § 1 de la L. 11., il faut renverser l'ordre, la suite des idées le prouve ; rétablissons-le puisque l'occasion s'en présente : L. 9, § 2. D. 24, 1 : *Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptæ sunt...* L. 11, § 1. *Sed quod dicitur mortis causa donationes inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat, secundum Julianum, quæ hoc animo fit, ut tunc res fiant uxoris vel mariti cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio...* L. 11 pr. : *Sed interim res non statim fiunt ejus, cui donatæ sunt, sed tunc demum cum mors insecuta est : medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit.*

aliénation a été faite entre vifs sous condition suspensive *sans intention de rétroactivité*[66], quelle est la situation de l'héritier ou de l'aliénateur? Ne doivent-ils pas être considérés comme propriétaires *ad tempus*?

Pour connaître leur situation il faut étudier celle du propriétaire futur, c'est-à-dire celle du légataire, de l'acquéreur. Cela seul nous permettra de nous rendre un compte exact des droits qui restent à l'héritier, à l'aliénateur.

321. — *Situation du propriétaire futur.* — Le légataire, l'acquéreur ne sont pas encore propriétaires [67], par conséquent ils ne peuvent aliéner un droit qu'ils n'ont pas encore [68]; ils ne peuvent pas non plus répudier le legs, car on ne renonce point à un droit qui n'est pas encore entré dans notre patrimoine [69].

Mais, si on a légué à terme, dès que que le testament est consolidé par l'acceptation de l'héritier, il est certain qu'au jour fixé le légataire deviendra propriétaire: ce jour-là, la propriété, *telle que le testateur l'avait*, passera sur la tête du légataire.

Cette transmission est certaine: il n'est pas actuel-

66. Nous écartons l'hypothèse de la rétroactivité, laquelle, on l'a vu, dépend de l'intention des parties, pour ne pas compliquer la question, et pour pouvoir parler en même temps des legs sous condition suspensive, dans lesquels il n'y a jamais de rétroactivité, et des aliénations entre vifs sous condition suspensive.

67. L. 9, § 2 D. *Ususfruct. quemad. caveat*, 7, 9. On dit que la propriété lui arrivera : « *proprietatem ad eum perventuram* » ; par conséquent il ne l'a pas encore.

68. L. 11, § 9, D. 24, 1, reproduite à la note 65. Il pourrait sans doute hypothéquer, car on peut hypothéquer ses biens à venir. Voyez notamment: L. 1. pr. D. *De pignor.*, 20, 1.

69. L. 45, § 1, D. *De legat.* 2°, 31 : *Si sub conditione vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus, nam nec pertinet ad nos antequam dies veniat, vel conditio existat.* — Mais ne pourrait-il au moins renoncer à sa vocation ? Non, car il y aurait là un moyen d'éluder la volonté du testateur. En léguant à terme, il a voulu que le légataire ne pût disposer de l'objet légué qu'à une certaine époque ; or, si le légataire pouvait renoncer, il se ferait payer cette renonciation par l'héritier, et réaliserait ainsi immédiatement un capital dont le testateur n'a pas voulu (pour de bonnes raisons sans doute) qu'il pût disposer avant une certaine époque. Comp. L. 7, L. 8, D. *De cond. et dem.*, 35, 1, L. 21, L. 22, D. *Quando dies leg.*, 36, 2.

lement propriétaire, mais il est assuré de le devenir : *certum est proprietatem ad eum... perventuram*, voyez note 67 *supra*.

Tout cela s'applique également au cas où le legs de propriété a été fait sous condition, sauf un point. Non seulement le légataire n'a pas actuellement la propriété, mais encore ici il n'est certain de l'avoir que si la condition se réalise [70]. Toutefois, dans l'hypothèse de la réalisation de la condition, son acquisition future de la propriété est aussi certaine que celle du légataire à terme.

322. — Mais, pour que cette acquisition de propriété ait lieu au jour de l'arrivée du terme ou de la condition, il faut que tous les actes juridiques nécessaires à la translation de la propriété aient été accomplis.

Les textes posent cette règle à propos d'un autre cas, celui du *statuliber*. Le *statuliber* est un esclave affranchi par testament, mais à terme ou sous condition ; il a par conséquent le droit de devenir libre au jour du terme ou de la condition, et ce droit, nul ne peut le lui enlever.

Mais pour cela il ne suffit pas que le testateur soit mort, il faut encore que sa succession testamentaire ait été acceptée, et qu'ainsi son testament soit, pour ainsi dire, confirmé et consolidé. L'hérédité une fois acceptée, il n'est plus besoin d'aucun nouvel acte juridique pour que l'esclave acquière la liberté : l'écoulement du délai prescrit ou l'arrivée de l'événement prévu comme condition suffisent, ce ne sont pas là des faits juridiques.

S'il n'est plus besoin d'aucun acte juridique pour que l'esclave acquière la liberté, réciproquement aucun acte juridique ne peut altérer sa situation, ainsi que nous

70. Et s'il est vivant à cette époque, à cause des règles du *dies cedit* dans le cas de legs conditionnels.

allons le voir en étudiant la situation du propriétaire actuel.

323. — *Situation du propriétaire actuel.* — L'héritier du testateur est, en attendant, propriétaire de cet esclave, les enfants même que l'*ancilla* a mis au monde avant de devenir libre seront définitivement à lui [71], mais il ne saurait par aucun acte d'aliénation enlever à l'esclave le droit de devenir libre au jour fixé, et libre avec la qualité avantageuse d'affranchi testamentaire (*orcinus libertus*). Qu'il l'aliène, qu'il le donne en gage, qu'il l'affranchisse : au jour dit la propriété de l'acquéreur s'éteindra, le gage s'évanouira, les droits de patronage de l'héritier qui aurait affranchi disparaîtront, car désormais l'esclave est libre en vertu du testament, c'est l'affranchi d'un défunt [72] !

Ces principes s'appliquent de tout point au cas, très analogue, où l'on a légué la propriété à terme ou sous condition. Dès le jour de l'adition d'hérédité, comme il n'est plus besoin d'aucun acte juridique pour que le légataire devienne ultérieurement propriétaire, réciproquement aucun acte juridique accompli par l'héritier, qui en attendant est propriétaire de la chose léguée, ne peut altérer la situation de notre légataire.

71. L. 16, D. *De statuliberis*, 40, 7 : *Statulibera quidquid peperit, id servum heredis est.*

72. L. 13, § 1, D. *De pignor.* 20, 1 : *Statuliber quoque dari hypotecæ poterit, licet condicione existente evanescat pignus.* — L. 2, pr. D. *De statulib.*, 40, 7 : *Qui statuliberi causam adprehendit, in ea condicione est ut, sive tradatur* (interpolation pour *mancipetur* ?) *salva spe libertatis alienetur; sive usucapiatur, sive manumittatur, non perdat spem orcini liberti. Sed statuliberi causam non prius servus nanciscitur, nisi adita vel ab uno ex institutis hereditate : ante aditionem, sive tradatur* (*mancipetur*) *sive usucapiatur, sive manumittatur, spes statutæ libertatis intercidit.*

Comment un esclave dépendant d'une succession peut-il être affranchi avant l'adition d'hérédité ? Par le Préteur, en vertu d'une cause légale, exemple : il a fait découvrir les meurtriers de son maître. — Comment peut-il être aliéné ? Cela se conçoit s'il fait partie du pécule d'un autre esclave. — Enfin, l'usucapion dont parle le texte s'applique soit à une usucapion commencée avant la mort du maître, soit même à une usucapion commencée depuis ce décès, et qu'une longue *jacence* de l'hérédité a permis d'achever avant l'adition.

De là résulte nécessairement que le droit de propriété de l'héritier reçoit certaines restrictions. Il se trouve être, en définitive, propriétaire à terme extinctif ou sous condition extinctive, et tous les droits réels dont il pourrait grever la chose léguée seront soumis à la même cause d'extinction.

C'est ce que les textes constatent expressément[73].

Par conséquent nous trouvons en droit romain des personnes qui sont véritablement propriétaires *ad tempus*, propriétaires jusqu'à l'arrivée d'une date précise, ou d'un événement incertain.

324. — Comment cela peut-il se concilier avec le principe : « *proprietas ad tempus transferri nequit* », si l'on motive ce principe comme nous l'avons fait? Nous avons dit que créer une propriété temporaire, ce serait forger un droit nouveau inconnu au *jus civile*. Pourtant ce droit *sui generis* nous le voyons reconnu par les Romains eux-mêmes au profit de l'héritier sur la chose léguée à terme suspensif ou sous condition suspensive, et ce droit, ils l'appellent la propriété[74], bien que le pouvoir de disposer de la chose soit limité entre les mains du titulaire actuel.

Mais remarquons qu'ici on se trouvait en présence d'une nécessité inéluctable !

D'une part, le terme et la condition suspensifs ne peuvent être bannis des legs. Quand on dispose pour

73. L. 11, § 1, D. *Quemadmodum servit. amit.*, 8, 6 : *Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes : extinguentur, si condicio legati existat. Videamus an adquisitæ sequantur legatarium? Et magis est ut sequantur.* — L'héritier qui est propriétaire *medio tempore*, il peut revendiquer: L. 66, D. *De rei vindicatione*, 6, 1), et dont la propriété n'est pas rétroactivement effacée, peut valablement acquérir des servitudes au profit de l'immeuble légué. Mais son droit de disposition est restreint dans la mesure nécessaire pour sauvegarder au profit du propriétaire futur l'acquisition de la propriété qui lui a été léguée, et qui était libre de toutes servitudes.

74. L. 66, D. *De reiv.* 6, 1 : *Non ideo minus recte quid* « nostrum esse » *vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis extiterit.*

le temps où l'on ne sera plus, on se trouve nécessairement amené à subordonner ses libéralités à des événements futurs dont on ne peut avec certitude prévoir l'arrivée. Puisque c'est pour l'avenir que l'on dispose, il est naturel qu'on ait la liberté de retarder pendant un certain temps l'effet de la disposition : on veut avantager un pupille en évitant de mettre un capital entre les mains de son tuteur : il faut léguer à terme ou ne pas léguer du tout, car la mort qui vient à l'improviste pourrait investir demain le légataire d'un capital qui serait à la merci du tuteur dont précisément le testateur se défie.

D'autre part, si l'on peut léguer à terme ou sous condition, il faut pourtant que jusqu'au jour fixé la propriété repose sur la tête de quelqu'un !

L'héritier sera donc propriétaire en attendant.

Mais une loi, car le testament vaut loi, a déjà déterminé le sort de la chose : elle a décidé qu'au jour dit cette chose serait la propriété du légataire !

Donc peu importe que d'ici là cette chose change de maître, qu'elle soit grevée d'hypothèques ; le terme ou la condition arrivant, cette chose devient la propriété du légataire, et les ayants-droit actuels, quels qu'ils soient, sont expropriés à son profit. En acquérant cet objet, ils se sont trouvés daus la situation de celui qui achète une maison frappée d'alignement. Le jour où elle menacera ruine, il faudra l'abattre, et le terrain compris dans l'alignement sera incorporé à la voie publique !

Cela n'empêche pas, en attendant, l'acquéreur de cette maison d'en être propriétaire, bien que la libre disposition du maître soit entravée, et qu'il ne puisse, par exemple, la réparer.

De même l'héritier se voit interdire, par rapport à la chose léguée, les actes qui, la mettant irrévoca-

blement hors du commerce, empêcheraient le légataire d'en devenir propriétaire au jour fixé. Il ne peut ni rendre religieux le terrain, ni affranchir l'esclave qui ont été les objets du legs [75].

D'ailleurs la règle : «*proprietas ad tempus transferri nequit* » n'empêche pas à coup sûr d'aliéner.

Aliéner, c'est en somme mettre *un terme* à sa propriété ; on a été propriétaire pendant un temps, et maintenant on ne l'est plus. Si l'on peut aliéner de manière à transférer tout de suite la propriété à autrui, *a fortiori* peut-on aliéner de manière à ce qu'elle ne passe que plus tard sur la tête de l'acquéreur. En définitive on a exercé le *jus abutendi*, on a fait de la chose l'usage qui ne peut se renouveler.

Donc elle est bien et dûment aliénée, donc on ne peut plus en disposer au profit d'une autre personne !

Mais, l'acquéreur n'étant pas encore propriétaire, il faut bien qu'en attendant quelqu'un exerce les attributs de la propriété qui ne sont pas incompatibles avec le droit futur de l'acquéreur !

Quand on a accompli tous les actes requis pour le transfert de propriété, il n'y a plus qu'à laisser agir la loi qui, soit immédiatement, soit au jour fixé, investira l'acquéreur de tout le droit qu'avait l'aliénateur au jour de l'acte, enlèvera la chose du patrimoine de l'aliénateur ou des tiers auxquels il aurait consenti des droits, et la transportera dans le patrimoine de l'acquéreur.

Cette situation résultant nécessairement du droit

75. L. 34, D. *De religiosis* 11, 7. — L. 29, § 1, D. *Qui et a quibus*, 40, 9. L. 11, D. *De manumis*. 40, 1. — On sait que l'héritier peut affranchir lui-même le *statuliber*, c. à. d. l'esclave affranchi sous condition par le testateur. Mais c'est que, loin d'entraver par là l'exécution du testament, il achemine au contraire l'esclave vers l'obtention de la situation plus avantageuse qu'il acquerra le jour où, d'affranchi d'un vivant qu'il était, il deviendra l'affranchi d'un patron décédé.

d'aliéner qui est l'essence même de la propriété, ne nous paraît pas porter atteinte à un autre caractère qui est aussi de son essence, la perpétuité; car la propriété, bien que perpétuelle, peut être aliénée, les deux choses se concilient fort bien.

325. — On peut donc, en définitive, se trouver dans la situation d'un propriétaire *ad tempus* bien qu'on ne puisse transférer la propriété pour un temps.

Mais ne pourrait-on pas trouver là un moyen d'éluder la règle ?

Supposons que, voulant transférer la propriété *ad tempus*, je fasse tradition purement et simplement à l'acquéreur, en convenant avec lui qu'il me retransférera immédiatement la propriété par une tradition faite en sens inverse, mais faite cette fois à terme ou sous condition suspensive. Mon acquéreur, qui aliène ainsi sous une modalité suspensive, ne deviendra-t-il pas alors propriétaire à terme extinctif ou sous condition extinctive, et n'arriverons-nous pas ainsi au but que nous nous proposions d'atteindre ?

Il s'en faut de beaucoup !

En effet, nous n'arriverons pas ainsi à faire revenir à l'aliénateur la propriété franche et quitte de toutes charges nées du fait de l'acquéreur. Les hypothèques sur biens à venir qui greveraient le patrimoine de l'acquéreur, frapperaient la chose pendant l'espace de temps, si court qu'il soit, pendant lequel il en a eu la propriété pure et simple, et la tradition conditionnelle qu'il ferait ensuite à l'aliénateur ne transférerait à ce dernier qu'une propriété déjà grevée de ces charges !

Puis, dans toute aliénation sous une modalité extinctive, terme ou condition, il faut que l'acquéreur exerce la propriété *medio tempore*, et par conséquent qu'il ait la chose entre les mains.

Comment arriver à ce résultat si l'acquéreur, par

une tradition conditionnelle, remet la chose aux mains de l'aliénateur ! Faudra-t-il que par une troisième tradition l'aliénateur la rende à l'acquéreur ? Mais alors toutes ces traditions, faites pour aboutir à une restitution immédiate, n'auraient rien de sérieux, elles ne seraient qu'un jeu et ne transféreraient pas la propriété :

L. 55, D. *De solut.*, 46, 3 : *Qui sic solvit ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi qui sic dantur ut recipiantur.* Voy. aussi L. 17 § 1, D. *De adq. pos.*, 41,2, et L. 20, D. *De reb. cred.*, 12, 1.

326. — La règle : « *proprietas ad tempus transferri nequit* », peut-elle se concilier avec les dispositions destinées à assurer l'observation de certaines clauses très importantes insérées dans les ventes d'esclaves ?

Par exemple, en vendant une *ancilla* on convenait parfois que l'acheteur ne pourrait la livrer à la prostitution : clause dictée par l'humanité et la pudeur.

Souvent des esclaves étaient vendus *pour l'exportation*, il était interdit de les faire revenir au domicile de leur ancien maître : clause dictée par la crainte du ressentiment de l'esclave contre son ancien maître.

Dans ces cas, si la convention n'a pas été observée, l'ancien maître a le droit de saisir l'esclave, même aux mains de tiers acquéreurs de bonne foi [76].

Ne pourrait-on pas dire que le vendeur a ici transféré la propriété *ad tempus*, jusqu'au jour de la contravention à la clause convenue ?

Mais il s'agit ici de dispositions intéressant les bonnes mœurs ou la sécurité des citoyens : ce sont des règlements *d'ordre public* établis par des constitutions impériales, et dont on ne saurait tirer aucune conséquence au point de vue du droit privé.

76. Frag. Vat. § 6. — L. 9, D. *De serv. export.*, 18, 7. — L. 56, D. *De cont. empt.* 18, 1. — L. 1. C. *Si servus export.* 4, 55. — L. 2, C. *eod.* — L. 1, C. *Si mancip. ita venierit*, 4, 56. — L. 7, D. *Qui sine manumis.*, 40, 8.

L'ancien maître ne revendiquait pas, il avait recours à la *manus injectio*, et quand cette procédure sommaire lui échappait parce que l'esclave revenu au lieu interdit avait été affranchi par son propriétaire, c'était l'Etat qui intervenait, se saisissait de l'affranchi, et le faisait vendre au profit du fisc avec la même clause d'exportation.

On voit qu'il s'agit ici de règles intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs, et rentrant dans le domaine des réglementations administratives, bien plus que dans la sphère du droit privé. C'est un *jus singulare*, dont on ne peut argumenter, et dont les solutions ne sauraient être généralisées.

SECTION VI. - *Différences entre les résultats du système adopté et ceux de la théorie qui admet le retour de plein droit de la propriété.*

327. — La Publicienne donnée au donateur produit les mêmes effets que la revendication vis-à-vis du donataire et de ses créanciers chirographaires, auxquels le donateur est ainsi très justement préféré. — 328. Mais le donateur ne peut inquiéter les ayants-cause à titre onéreux du donataire s'ils sont de bonne foi. — 329. La Publicienne réussit au contraire contre les sous-acquéreurs à titre gratuit et les créanciers hypothécaires du donataire. Justification de ces résultats par les effets de la réplique de dol opposée aux exceptions invoquées par les ayants-cause. — 330. L'innovation d'Ulpien, justifiée par les précédents et par l'équité, se réduit à ces termes. — Avantages de la Publicienne sur la *condictio*. — Caractère relatif de la propriété *purement prétorienne* qui revient ainsi au donateur.

327. — Revenons maintenant au résultat auquel nous sommes arrivés dans les deux premières Sections de ce Chapitre.

C'est la Publicienne qu'Ulpien donne, sous le nom d'*actio in rem* ou d'*utilis actio*, au donateur à cause de mort sous condition résolutoire, lorsque la donation est révoquée.

Reste à signaler les différences entre les résultats pratiques de cette doctrine, et ceux de la théorie d'après laquelle Ulpien admettait le retour de plein droit de la propriété.

Quant aux rapports entre le donataire et le donateur, ces différences n'existent pas ; les deux actions, revendication ou Publicienne, produisant identiquement les mêmes effets.

De même entre le donateur et les créanciers chirographaires du donataire.

Réduit à la *condictio*, action personnelle, le donateur n'aurait été qu'un créancier comme les autres, obligé de se contenter d'un dividende, ce qui est, soit dit en passant, très peu équitable. C'est lui, en effet qui, sans avoir reçu aucune valeur en échange, a mis cette chose dans le patrimoine du donataire ; l'objet donné devrait donc, en bonne équité, constituer le gage exclusif de sa créance en restitution, et non pas servir à payer les autres créanciers.

C'est probablement cette raison d'équité qui a déterminé Ulpien à accorder au donateur la Publicienne, décision qui peut se défendre, comme nous l'avons vu, par des raisons sérieuses (*potest defendi*). La Publicienne, en effet, action réelle, remédie à cet inconvénient ; comme toute action réelle, elle assure à celui qui l'exerce un droit de préférence [76 bis].

76 *bis*. De jeunes romanistes sont parfois embarrassés pour expliquer comment l'action réelle peut engendrer à l'époque classique un droit de préférence, alors que très probablement l'*arbitrium* du juge ne pouvait être exécuté *manu militari* (*a*). N'oublions pas que tout défendeur à une action réelle doit fournir la caution *judicatum solvi*, ce qui assure, par un fidéjusseur solvable, le paiement intégral de la condamnation. Faute de fournir cette *cautio*, le défendeur se voit enlever la possession par le moyen de l'interdit *Quem fundum* (J. IV, 11, pr. — Frag. Vat. § 92. — Ulp. *Frag. Vindob.* § 6). L'action réelle pourrait d'ailleurs être dirigée contre l'*emptor bonorum*, après la faillite du donataire ; on voit donc que dans tous les cas l'action réelle assure un droit de préférence.

(*a*) La L. 68, D. *De reiv.*, 6, 1, est tirée du livre 61 d'Ulpien *ad Edictum*, où le jurisconsulte traitait des fidéicommis. *Judex* signifie le magistrat,

328. — *Quid* maintenant des affranchissements, des aliénations, des constitutions de droits réels (autres que l'hypothèque) opérés par le donataire à titre onéreux, avant qu'il ait retransféré la propriété au donateur ?

Nous savons par un texte décisif [77] qu'ils sont valables et irrévocables. Cela s'accorde parfaitement avec la Publicienne accordée au donateur :

Si on lui donnait la revendication, si la propriété lui revenait de plein droit, il est clair que les droits réels conférés *medio tempore* par le donataire s'éteindraient immédiatement. N'ayant qu'une propriété résoluble, il n'aurait pu conférer que des droits résolubles. Le donataire ne pourrait pas plus affranchir l'esclave donné, que l'héritier ne peut donner la liberté à l'esclave légué sous condition par le testateur, et dont cet héritier est propriétaire sous condition extinctive. Voyez *supra*, n° 324, texte et note 75.

Au contraire, attribuer au donateur la Publicienne, n'entraîne pas comme conséquence la résolution de *tous* les droits réels consentis par le donataire :

La Publicienne du donateur réussit à la vérité contre le donataire, parce que s'il oppose l'exception *justi*

comme dans beaucoup d'autres textes (L. 12, § 6 cbn. avec L. 14, § 1, D. *De religiosis*, 11, 6, où *auctore judice* signifie certainement *auctore prætore*). La réclamation des fidéicommis étant portée devant un préteur, ce magistrat puisait dans son *imperium* le pouvoir de faire opérer, *manu militari*, la *restitution* due par le grevé. — Quant à la dernière décision : *hæc sententia generalis est*, qui s'applique à toutes les actions *arbitraires*, elle ne porte que sur les phrases précédentes par lesquelles Ulpien expose que si le défendeur s'est mis par son dol dans l'impossibilité de restituer, l'estimation, base de la condamnation pécuniaire, doit être faite par le demandeur et sur son serment, autrement l'estimation est laissée à l'appréciation du juge. Voyez Montagnon, Thèse de Doctorat, Lyon 1883, p. 52-55. M. Montagnon considère la fin du texte comme une interpolation. On peut l'admettre, vu la rédaction : *locum habet ad omnia*, au lieu de : *in omnibus*, mais cela n'est même pas nécessaire.

77. L. 39, D. *De don. m. c.*, 39, 6 ; ce texte nous montre que le donataire peut affranchir l'esclave donné. Si le donataire était propriétaire *ad tempus*, il ne pourrait pas plus affranchir l'esclave donné, que l'héritier ne peut donner la liberté à l'esclave légué sous condition par le testateur, et dont cet héritier est propriétaire sous condition extinctive. Voyez *supra*, note 75.

dominii, arguant ainsi de la propriété qui lui a été transférée, qui est demeurée sur sa tête, le donateur brisera cette exception par une réplique de dol basée sur l'obligation qui incombe au donataire de lui retransférer sa propriété.

Mais contre un tiers acquéreur à titre onéreux que nous supposons de bonne foi [77 bis], et qui invoquerait la propriété qu'il a acquise du donataire, cette réplique de dol ne réussirait pas. Ainsi les tiers de bonne foi, qui ne sont pas sciemment rendus complices du dol que le donataire a commis en aliénant une chose qu'il savait être obligé éventuellement de restituer, ces tiers de bonne foi, acquéreurs à titre onéreux, sont parfaitement protégés ; la Publicienne du donateur échouera contre eux, et ce que nous avons dit d'un acquéreur de la propriété s'appliquera, par les mêmes raisons, à ceux à qui un droit réel (autre que l'hyppothèque) a été conféré, à titre onéreux, par le donataire.

329. — La Publicienne du donateur à cause de mort réussira au contraire contre tous ceux à qui le donataire aurait conféré, *à titre gratuit*, un droit réel sur la chose donnée, à qui par exemple il l'aurait lui-même donnée entre-vifs. En effet, les textes décident que si une personne peut opposer l'exception de dol à la revendication d'un propriétaire, elle pourra l'opposer également même aux ayants-cause à titre particulier de ce propriétaire, s'ils sont des acquéreurs *à titre gratuit* [78].

77 *bis*. Dans le cas contraire la réplique de dol pourrait lui être opposée avec succès : L. 4, § 31 *in fine*, D. *De doli mali except.*, 44, 4. Arg. L. 7, § 6 *in fine*, D. *Pro emptore*, 41, 4.

78. L. 4, § 29, D. *De doli mali except.* 44, 4. Voy. aussi § 31, *eod.* Dans ce paragraphe, Pomponius décide qu'on peut opposer à celui qui a reçu un abandon noxal l'exception de dol (et par conséquent la réplique de dol) que l'on aurait pu invoquer contre celui qui a fait l'abandon. — Pour appliquer cette solution à un exemple, supposons que le donataire à cause de mort d'un esclave l'abandonne *noxaliter* à un tiers, par suite d'un délit commis par cet esclave; plus tard la donation est révoquée. Le donateur intentera la Publicienne contre ce tiers, qui opposera l'exception *justi dominii* ou celle d'une

Cette solution découle de l'idée que les acquéreurs à titre gratuit *certant de lucro captando*, tandis que celui à qui compétait l'exception de dol lutte *de damno vitando*.

Supposons maintenant que le donateur à cause de mort eût repris possession de la chose : le donataire revendiquant se heurterait à l'exception de dol, et il en serait de même de tous ses ayants-cause à titre gratuit.

Or, la réplique de dol est manifestement régie par les mêmes principes que l'exception de dol.

Par conséquent, si le donateur à cause de mort intente la Publicienne contre un sous-acquéreur à titre gratuit tenant son droit du donataire, et si ce sous-acquéreur oppose l'exception *justi dominii*, le donateur la brisera par la réplique de dol, comme il l'aurait fait s'il eût intenté sa Publicienne contre son donataire lui-même.

Rien de plus équitable d'ailleurs, le donateur *certat de damno vitando*, le sous-acquéreur à titre gratuit lutte au contraire *de lucro captando*.

Reste à régler la situation du créancier hypothécaire à qui le donataire a engagé la chose. Toute la question consiste à savoir si l'exception ou la réplique de dol qui seraient opposées avec succès à un propriétaire qui invoquerait son droit de propriété, soit comme demandeur en revendiquant, soit comme défendeur par l'exception *justi dominii*, peuvent aussi être opposées au créancier hypothécaire, même de bonne foi, de ce propriétaire ?

Publicienne égale. Mais le donateur brisera cette exception par la réplique de dol ; bien entendu à la condition de s'engager à défendre à l'action noxale, car c'est ce que devrait faire même le propriétaire revendiquant un esclave abandonné *noxaliter* par un simple possesseur : L. 28, D. *De nox. act.*, 9, 4. — Celui qui a reçu l'abandon n'a plus aucun intérêt à garder l'esclave au détriment des droits du donateur, du moment que celui-ci s'engage à défendre à l'action noxale.

Or les textes résolvent cette question par l'affirmative [78 bis].

Le donateur rentré en possession repousserait par l'exception de dol l'action hypothécaire du créancier, comme il eût repoussé la revendication du donataire.

Que si le créancier a la possession, et qu'à la Publicienne du donateur il oppose l'exception *rei pignoratæ*, cette exception se brisera contre la réplique de dol, qu'on lui oppose parce qu'on aurait pu l'opposer au donataire qui a constitué l'hypothèque, si ce dernier avait invoqué l'exception *justi dominii* pour repousser la Publicienne du donateur.

Au premier abord cette solution surprend; il semblerait que le créancier hypothécaire dût être assimilé à un acquéreur à titre onéreux.

Mais le droit du créancier hypothécaire se réduisant en somme à faire vendre la chose et à se payer sur le prix, le litige entre lui et le donateur consiste au fond en une question de préférence entre deux créanciers.

Or, n'est-il pas juste que le donateur soit préféré aux créanciers hypothécaires du donataire? C'est ce donateur qui a mis cette valeur dans le patrimoine du donataire, et cela sans rien recevoir en échange; la chose donnée ne doit-elle pas, par suite, être affectée de préférence à l'acquittement de l'obligation de restitution dont était tenu le donataire?

D'ailleurs, en droit romain, le créancier hypothécaire ne saurait être assimilé à l'acquéreur d'un démembrement de la propriété comme l'usufruit ou une autre servitude.

Cet acquéreur-là obtient un droit distinct de celui de son auteur.

78 *bis*. L. 4, § 30, D. *De doli mali except.*, 44, 4. Par conséquent, si ayant aliéné par suite du dol de l'acquéreur, et ayant repris possession par l'action *de dolo* par exemple, je suis inquiété par un créancier hypothécaire tenant son droit de l'acquéreur, je le repousserai par l'exception de dol.

Le créancier hypothécaire au contraire, nous l'avons déjà fait remarquer[79], n'a pas un droit distinct de celui du débiteur ; il subira donc toutes les exceptions ou répliques qui pourraient être opposées à ce débiteur, du moins lorsqu'elles ont une cause antérieure à la constitution d'hypothèque.

En résumé, la doctrine qui admet le retour de plein droit et qui donne la revendication au donateur, lui attribue par là même, envers et contre tous, le droit de suite et le droit de préférence.

Si, au contraire, c'est la Publicienne seule qui compète au donateur, alors il a seulement un droit de préférence à l'encontre des créanciers chirographaires ou hypothécaires du donataire.

Il n'a point de droit de suite, si ce n'est vis-à-vis des sous-acquéreurs à titre gratuit, et des sous-acquéreurs à titre onéreux *de mauvaise foi*.

330. — Ce droit de suite ainsi limité, et très équitable ; ce droit de préférence si utile et si bien justifié, voilà les résultats pratiques de l'innovation d'Ulpien !

Cette innovation ne consista pas d'ailleurs à donner pour la première fois la Publicienne à une personne qui a perdu la propriété. Dès avant Ulpien, cela était admis dans bien des cas (*supra*, Chapitres XX, XXI, XXII), l'innovation fut bien plus modeste et se borna à étendre le même principe à un cas où la perte de la propriété résultait d'une aliénation volontaire et librement consentie, mais faite sous condition résolutoire.

La Publicienne, donnée dans ces circonstances, a des avantages importants sur la *condictio* et se concilie parfaitement avec elle ; suivant l'habitude romaine un résultat nouveau est obtenu par l'emploi habile de rouages anciens.

79. Voyez ci-dessus n° 55 texte vers la note 28.

Préparée par des précédents, réalisée sans secousse, respectant les vieux principes, l'innovation d'Ulpien paraît à peine en être une. C'est une amélioration faite avec prudence ; on s'y est acheminé d'étape en étape, par une marche insensible mais sûre, comme dans tout le reste du droit romain ; c'est un heureux progrès que le temps consacrera parce qu'il n'a pas été fait sans lui, ce n'est plus une révolution faisant table rase des principes les plus anciens et les plus respectés !

Donner la Publicienne au donateur après l'arrivée de la condition résolutoire, c'est, à la vérité, admettre que la propriété *prétorienne* lui revient de plein droit !

Mais ce retour n'a point les inconvénients qu'aurait celui de la propriété civile, droit absolu qui, reconnu au donateur, entraînerait nécessairement la résolution de *tous* les droits réels conférés par le donataire.

La propriété prétorienne qui revient au donateur, au contraire, ne répugne pas à revêtir un caractère *relatif* que nous lui avons reconnu dans bien des cas.

Ici cette propriété sera opposable au donataire, à ses créanciers même hypothécaires, à ses ayants-cause à titre gratuit, et même à ses acquéreurs à titre onéreux, s'ils sont de mauvaise foi ; s'ils avaient été de bonne foi, ils seraient protégés comme ils méritent de l'être contre l'action du donateur.

L'on échappe ainsi aux graves inconvénients de la doctrine qui admet le retour de plein droit de la propriété quiritaire ; l'on ne sacrifie plus injustement les intérêts des tiers de bonne foi, auxquels le donateur semble avoir tendu un piège, en transférant au donataire la propriété, alors qu'il lui était si facile de la garder par devers lui en faisant une donation expressément subordonnée à la condition suspensive de son prédécès, au lieu de donner sous condition résolutoire.

Ainsi, le système du retour de plein droit de la propriété civile méconnaît les principes fondamentaux du droit romain pour aboutir aux résultats les plus dangereux.

La théorie de la Publicienne au contraire respecte les principes et sauvegarde, dans la juste mesure où l'équité le commande, les intérêts du donateur et ceux des tiers de bonne foi.

Voilà au moins une théorie digne d'Ulpien !

Elle se recommande par des résultats infiniment plus juridiques et plus satisfaisants que ceux de la doctrine opposée ; c'est là peut-être l'un des plus sérieux arguments que l'on puisse ajouter à ceux que Schulin a fait valoir.

Section VII. — *Autres applications de la Publicienne du donateur. — Donations sub modo.*

331. — Donation à charge d'aliments. *L'utilis vindicatio* donnée dans ce cas est la Publicienne. On suppose ici que la donation a été faite tacitement sous condition résolutoire. — 332. Extension de cette idée aux donations entre fiancés, dans le cas où le mariage manque par le fait du donataire. — Effets de la Publicienne dans ces cas ; renvoi à la Section précédente.

331. — Cette doctrine d'Ulpien paraît d'ailleurs avoir été accueillie avec faveur par les empereurs, et appliquée par eux à des cas analogues.

Ainsi, nous trouvons, en 259, une constitution des empereurs Valérien et Gallien, la L. 1, C. *De don. quæ sub modo*, 8, 55, ainsi conçue :

Si doceas, ut affirmas, nepti tuæ esse donatum a te, ut certa tibi alimenta præberet, vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam, non solum condictio quidem

in hoc casu, id est in personam actio jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.

Cette *utilis vindicatio*, dont parle le texte, n'est certes pas la revendication directe, l'épithète d'*utilis* ne se comprendrait pas ; elle convient au contraire parfaitement à la Publicienne.

D'ailleurs le rescrit donne aussi la *condictio* au donateur, et les principes les plus élémentaires du droit s'opposent à ce que cette action puisse coexister avec la revendication [80], ils s'opposent aussi, nous l'avons vu, à ce que la propriété puisse être transférée *ad tempus*.

Enfin le texte ne donne pas une action pour faire rentrer en possession le donateur qui serait redevenu de plein droit propriétaire, mais une action « *qua dominium pristinum restituatur* », par conséquent, la reintégration dans la propriété primitive est l'effet, et non la cause de l'action.

Cela convient parfaitement à la Publicienne. La restitution effectuée, par le défendeur sur le *jussus* du juge, opérera le retransfert de propriété quiritaire, car le juge ordonnera de manciper, si la chose est *mancipi*.

Le rescrit invoque des constitutions antérieures, rendues dans le même sens. Si l'on considère qu'il n'est que d'une trentaine d'années postérieur à la mort d'Ulpien (en 228), il ne sera pas invraisemblable de supposer que ces constitutions antérieures ont été rendues sous l'influence de sa doctrine. Si elles sont d'Alexandre Sevère, elles auront pu même être dictées par Ulpien qui, tout-puissant dans le conseil de cet empereur, n'a pas dû hésiter à faire rendre des rescrits conformes à ses doctrines.

80. Voyez plus haut n° 295.

La donation dont il s'agit ici n'avait pas été faite sous condition résolutoire, comme la donation *mortis causa*.

C'est une donation entre-vifs, partant irrévocable, faite *sub modo*, à charge de payer des aliments au donateur. L'acte constituait un contrat réel innommé, et le donateur n'avait juridiquement que deux actions à son service; l'action *præscriptis verbis* pour exiger le paiement de la rente [80 bis], la *condictio ob rem dati, re non secuta*, pour reprendre l'objet donné.

Mais les empereurs ont considéré que, lorsqu'on donne à charge d'aliments, on doit supposer une condition résolutoire tacite.

Sans aucun doute le *mode* diffère de la condition résolutoire. Quand on donne *sub modo* on veut simultanément deux choses : 1° que le donataire acquière l'objet donné ; 2° qu'il accomplisse la charge imposée.

Mais, ne peut-on pas soutenir que, bien qu'il ne l'ait pas dit, le donateur a entendu que sa libéralité serait anéantie si la charge n'était pas exécutée ? Cette intention ne doit-elle pas être supposée, lorsqu'il y a pour le donateur une importance vitale à ce que la charge soit fidèlement accomplie ? Et cette importance ne se présente-t-elle pas surtout lorsque la charge consiste en une pension alimentaire à payer au donateur ?

Tout cela explique comment on a pu voir une condition résolutoire tacite dans la donation *sub modo* dont il est ici question. Si le donateur n'a aliéné que sous condition résolutoire, il n'a pas définitivement perdu la *justa causa* qui eût basé sa Publicienne : Ulpien a déclaré cette action recevable en pareil cas, et les empereurs n'hésiteront pas à appliquer sa doctrine partout où ils voudront reconnaître ou introduire une condition résolutoire.

80 *bis*. Voy. L. 28, D. *De don.*, 39, 5; L. 9, L. 22, C. *De don.*, 8, 54.

Le texte suivant va en fournir une nouvelle preuve.

332. — Une constitution, la L. 15, C. *De don. ante nupt.* 5, 3, est venue en effet plus tard (Constantin, 319) étendre la même solution à un cas nouveau, et permettre au fiancé, lorsque le mariage manque par le fait de la fiancée, de reprendre ses cadeaux, non seulement par la *condictio*, mais même par l'*utilis in rem actio*, c'est-à-dire par la Publicienne :

... *Quod si sponsa, vel is, in cujus agit potestate, causam non contrahendi matrimonii præbuerit, tunc sponso ejusque heredibus sine aliqua diminutione, per* CONDICTIONEM *aut per* UTILEM IN REM *redhibeantur.*

Ce sont presque identiquement les expressions d'Ulpien dans la L. 30, D. *De m. c. don.*, 39, 6 : *ipse ex pœnitentia* CONDICTIONEM *vel* UTILEM ACTIONEM *habet.*

Dans le cas visé par le rescrit de Constantin, il ne s'agissait ni d'une donation sous condition résolutoire, ni d'une donation *sub modo.* Les donations entre fiancés étaient irrévocables, même si le mariage venait à manquer. Constantin veut modifier cette règle, il introduit dans l'acte une condition résolutoire légale, tacite : les donations entre fiancés seront révoquées si le mariage manque par le fait du donataire, sans qu'il soit besoin de convention à cet égard, comme la donation à cause de mort est révocable par le repentir du donateur, indépendamment de toute convention expresse.

Dès lors, il était naturel de donner, dans ce cas de condition résolutoire tacite introduite par l'empereur, l'action qu'Ulpien avait fait admettre pour un cas analogue de condition résolutoire tacite.

Quant aux effets de la Publicienne du donateur à l'égard des ayants-cause du donataire, et aux avantages de cette action sur la *condictio* donnée concurremment avec elle, nous n'avons qu'à renvoyer aux déve-

loppements présentés dans la Section précédente, à propos des donations à cause de mort.

Section VIII. — *Résumé des diverses applications de la Publicienne intentée par l'ancien propriétaire. Développement graduel de cette théorie.*

333. Publicienne en cas de perte involontaire de la propriété quiritaire. — 334. En cas d'aliénation volontaire mais extorquée par violence. — 335. En cas d'aliénation sous condition résolutoire. — 336. Enfin en cas d'aliénations dans lesquelles on supposera une condition résolutoire tacite.

333. — Il est maintenant possible de reconstituer la filière des idées par lesquelles a passé la jurisprudence romaine dans ces diverses applications de la Publicienne :

1° Tout d'abord on a admis, sans grande difficulté, que la Publicienne subsistait malgré l'acquisition par un tiers de la propriété de la chose, toutes les fois que cette acquisition résultait d'un fait indépendant de la volonté de l'ancien possesseur, comme dans les cas d'usucapion et d'accession (Chapitres XX et XXI).

En pareil cas, il n'y avait en effet aucune renonciation à la *justa causa*, base de la Publicienne. Sans doute le demandeur se heurtait à une exception *justi dominii* invoquée par le nouveau propriétaire, mais tantôt le préteur, mû par des raisons d'équité, refusait d'insérer cette exception [81], tantôt le demandeur pouvait la briser par une réplique de dol, si on ne lui offrait pas de l'indemniser de la perte qu'il éprouvait et qui enrichissait le défendeur.

La Publicienne était d'ailleurs plus avantageuse ici qu'une action *in factum* et l'équité militait en faveur

81. L. 57, D. *Mandati*, 17, 1.

de son admission. Varus, Nerva, Gaius, Papinien et Ulpien assurèrent le succès de cette doctrine.

334. — 2° Un peu plus tard on arriva à reconnaître que la Publicienne, c'est-à-dire la propriété prétorienne, subsistait malgré une aliénation extorquée par violence. Ici il y avait à la vérité, de la part de l'aliénateur, une renonciation à la *justa causa* qui fondait sa Publicienne, mais Ulpien et Paul, considérant qu'il était juste de regarder comme non avenue cette renonciation extorquée par violence, n'hésitèrent pas à étendre la Publicienne à cette hypothèse et les empereurs confirmèrent cette décision [82].

335. — 3° Il n'y avait plus qu'un pas à faire pour admettre la même solution en cas d'aliénation sous condition résolutoire. Ici encore l'aliénateur a renoncé à la *justa causa* qui fondait sa Publicienne ; mais, une fois la condition résolutoire accomplie, on peut dire (*potest defendi*) que sa renonciation s'évanouit. En effet, cette renonciation a pour base unique la volonté, et la volonté peut fort bien s'anéantir elle-même par avance dans un cas donné. Ce pas qui restait à faire fut franchi par Ulpien ; telle est la portée, bien restreinte, de la doctrine contenue dans la L. 29, D. *De mort. causa don.*, 39, 6.

336. — 4° Entrant plus avant dans la même voie, les empereurs appliquèrent la même solution à des donations qui ne contenaient point de condition résolutoire, et dans lesquelles ils ont voulu en supposer une, par suite des circonstances particulières où elles étaient intervenues [83].

Le droit romain, en cette matière, comme dans toutes

82. L. 9, §§ 4, 6. D. *Quod metus causa*, 4, 2. — Paul Sent. I, 7, §§ 4, 6. — L. 3, C. *De his quæ vi*, 2, 20.

83. Donation *sub modo* (à charge d'aliments). — Donation entre fiancés quand le mariage manque par le fait du donataire.

les autres, nous offre donc le spectacle d'une évolution lente et progressive, du développement graduel d'une idée d'abord admise dans des cas très favorables, puis gagnant de proche en proche, et s'étendant peu à peu, par analogie, à des hypothèses entre lesquelles il y a toujours un lien.

Grâce à sa forme plus souple, plus élastique, à son caractère *relatif* qui évite tant d'inconvénients, la propriété prétorienne se glisse et s'introduit dans des domaines où la propriété civile, avec son caractère absolu et ses formes immuables, n'aurait pu pénétrer.

Cette étude ne serait pas complète, si nous passions sous silence un certain nombre de textes, relatifs aux clauses résolutoires de la vente, la *lex commissoria* et l'*addictio in diem,* que l'on a souvent invoqués à l'appui de la théorie qui admet le retour de plein droit de la propriété.

D'ailleurs, plusieurs d'entre eux ne sont pas étrangers à l'étude de la Publicienne et de la propriété prétorienne ; bien au contraire, ils ne peuvent, à notre gré, recevoir une explication satisfaisante, que si on leur applique les principes que nous avons essayé d'établir dans le cours de ce travail.

TITRE III

Condition résolutoire en matière de propriété dans le cas de vente. — Propriété prétorienne de l'acheteur sous les clauses résolutoires de l'addictio in diem et de la lex commissoria.

CHAPITRE XXV

De la lex commissoria.

337. — Du principe que la tradition en matière de vente ne transfère pas la propriété tant que le prix n'est pas payé ; de son fondement juridique et pratique. Il repose sur une saine interprétation de la volonté du vendeur. — 338. Situation de l'acheteur avant le paiement du prix. Il a la possession *ad usucapionem* ; réfutation du système de Nissen. — 339. Situation de l'acheteur à l'égard du vendeur. Le vendeur, quoique resté propriétaire, ne peut intenter avec succès la revendieation que s'il a une *justa causa vindicandi* autre que le non paiement du prix. Autrement il se heurterait à l'exception *rei venditæ*. Ce non-paiement suffit au contraire à autoriser la revendication, si la possession n'a été livrée à l'acheteur qu'à titre précaire. — 340. Le danger de perdre la chose et le prix, *ainsi que la résolution de la vente*, sont évidemment des *justæ causæ vindicandi*. — 341. Exceptions au principe que la propriété n'est pas transmise avant le paiement du prix. Développement du cas où le vendeur a entendu renoncer à la garantie de la propriété conservée et se contenter de la solvabilité personnelle de l'acheteur. — 342. Mais le seul octroi d'un délai pour le paiement n'implique pas, par lui seul et nécessairement, la renonciation du vendeur à sa garantie ; le principe romain peut s'appliquer même aux ventes où ce prix est payable à terme. — 343. En admettant même que l'octroi d'un terme doive faire supposer chez le vendeur l'intention de transférer la propriété, ce ne peut être que si l'intention contraire n'est pas démontrée. Or, l'insertion de la *lex commissoria* démontre le plus énergiquement du monde que le vendeur, loin d'avoir confiance dans la solvabilité de l'acheteur, s'en est au contraire extrêmement défié. De là résulte que le vendeur *sub lege commissoria* reste pro-

priétaire tant que le prix n'est pas intégralement payé. — 344. D'ailleurs un texte d'Hermogénien, L. 38, D. *Ad legem Fal.*, 35, 2, prouve catégoriquement que le vendeur *sub lege commissoria* restait propriétaire de l'objet vendu. La preuve devient encore plus forte lorsqu'on constate que le jurisconsulte y commentait la loi *Furia Caninia* et non pas la loi Falcidie. Preuves. — 345. Autres textes prouvant que le vendeur sous la clause résolutoire de la *lex commissoria* reste propriétaire. — 346. Enfin on peut invoquer dans le même sens tous les textes se rapportant à la *lex commissoria*, invoqués par les partisans du retour de plein droit de la propriété aux mains du vendeur, L. 8, D. *De lege com.* 18, 3; L. 1. C. *De Pactis inter empt.*, 4, 54. — L. 4. C. *eod.* Ils s'expliquent fort naturellement: le vendeur, qui n'a pas cessé d'être propriétaire, revendique efficacement, parce qu'après la résolution de la vente l'exception *rei venditæ et traditæ* ne peut plus lui être opposée. — 347. Examen du système d'après lequel le mot *vindicare* n'aurait pas un sens technique dans les textes en question. — 348. Explication de la L. 13, D. *De pigner. act.*, 13, 7.

337. — Pour comprendre les textes relatifs à la *lex commissoria* et à l'*addictio in diem*, il est nécessaire de se rappeler les principes du droit romain sur la tradition en matière de vente.

Pour que la tradition transfère à l'acheteur la propriété du vendeur, il faut, en principe, que le prix ait été payé.

Inst. II, 1, § 41 :

« *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, velut expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus est, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

Etudions avec Schulin [1] dont nous adoptons ici le système, du moins dans ses grandes lignes, le principe en lui-même et, parmi les exceptions qu'il comporte, celle que les textes expriment par les mots : « *fidem emptoris sequi* », « *in creditum abire* » [2].

1. Schulin, *Resolutivbedingung*, p. 118-179.

2. L. 5, § 18, D. *De tribut act.*, 14, 4. — L. 19, L. 53, D. *De cont. empt.*, 18, 1. — L. 11, § 2, D. *De act. empti*, 19, 1. — L. 38, § 2, D. *De lib. causa*, 40, 12. — L. 5, § 12, D. *De jure fisci*, 49, 14. — Nov. 136, chap. 12. — Voyez aussi plus haut Chapitre XII, note 3.

Le principe était, dit Justinien, consacré par la loi des XII Tables, et n'avait rien de spécial au droit romain, mais découlait du droit naturel, de la nature même des choses.

On s'accorde généralement à reconnaître l'exactitude de cette idée [3], « fondée » dit M. Accarias (n° 230) « sur une interprétation très sage de la volonté des parties. Si en effet le vendeur s'est obligé à transférer ses droits sur la chose, c'est seulement en vue et à cause du prix qu'il comptait recevoir ; cela est tellement vrai qu'il lui est permis de la retenir jusqu'à parfait paiement (L. 13, § 8, D. *De act. empti*, 19, 1). Dès lors, quoi de plus naturel que de lui supposer, en cas de dessaisissement, l'intention de rester propriétaire aussi longtemps qu'il restera créancier, c'est-à-dire, en dernière analyse, l'intention de ne pas perdre ? Car l'action en revendication le soustrait aux risques de l'insolvabilité de l'acheteur ».

Schulin explique la disposition de la loi des XII Tables par un motif qui, sans exclure le précédent, en diffère pourtant d'une manière sensible :

3. Cependant quelques auteurs ont prétendu que cette disposition était contraire au droit naturel ; d'autres qu'elle découlait des règles de la mancipation, où l'opération n'était complète et la propriété transférée qu'après la pesée du prix (Ortolan, nos 419 et 1475). Si la règle découlait du droit naturel, dit-on dans ce système, elle serait applicable au cas d'échange : le coéchangiste qui s'est exécuté le premier ne devrait cesser d'être propriétaire de la chose qu'il a donnée, qu'après avoir reçu l'objet promis en contre échange. On sait qu'au contraire la propriété est acquise à l'*accipiens* et qu'on a seulement contre lui des actions personnelles s'il ne tient pas sa promesse — Il faut répondre qu'il était absolument nécessaire que le coéchangiste transférât la propriété à l'autre partie, pour que cette dernière fût obligée, autrement nous serions en présence non pas d'un contrat *do ut des*, mais d'un contrat *facio ut des*, qui pendant longtemps n'a pas engendré d'action civile, (selon nous parce qu'il ne ressemblait à aucun contrat déjà sanctionné : L. 5, § 3, L. 16, § 1, D. *De Pactis*, 2, 14.) — Les auteurs qui admettent que la règle découle du droit naturel se divisent quand il s'agit d'exposer le motif qui lui sert de base. Voyez sur ces points : Exner, *die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition*, p. 338 et s. — Hofmann, *Beitrage zur Geschichte des griechischen und rœmischen Rechts*, p. 43 et s. p. 63 et s., cités par Schulin, *op. cit.* note 161.

La vente conclue, il est difficile en pratique, d'arriver à une exécution absolument simultanée de la part des deux contractants [3 bis]. Il importe donc que l'une des parties puisse s'exécuter la première sans péril, ou tout au moins avec le moindre danger possible. Le péril à laquelle s'expose celui qui exécute le premier, résulte de ce qu'il troque son droit réel sur la chose ou sur l'argent, contre un simple droit de créance.

Il fallait régler la situation de telle sorte que l'exécution par l'une des parties ne conférât à l'autre qu'une maîtrise de fait sur l'objet de la prestation, et non pas la propriété, jusqu'au moment où cette autre accomplirait à son tour son engagement.

On ne pouvait songer à appliquer ce procédé à l'acheteur qui paie d'abord son prix ; il ne servirait de rien de décider qu'en livrant les écus il n'en tranférerait pas la propriété tant qu'il n'aurait pas reçu l'objet vendu, car l'argent change de mains avec une extrême facilité et devient méconnaissable même dans la caisse du vendeur, par son mélange avec des espèces similaires.

L'objet vendu, plus facilement reconnaissable, parfois insusceptible de déplacement, se prêtait au contraire fort bien à l'application de l'idée : la propriété n'en sera acquise à l'acheteur qu'après le paiement du prix.

Schulin montre ainsi l'utilité pratique du procédé,

3 *bis*. Varron, *De Re rustica*. II, 2. § 6 : *Cum id factum est* (les stipulations réciproques du vendeur et de l'acheteur) *tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum, nec non emptor pote* (*st*) *ex empto vendito eum damnare, si non ei tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili judicio, si non reddit pretium*. Si les deux parties s'obstinaient à rester sur la défensive, l'opération ne pourrait s'achever. Il semble bien résulter du texte de Varron que c'est le vendeur qui doit s'exécuter le premier, parce qu'il peut le faire sans péril, puisqu'il ne perd la propriété que si le prix est payé : *nisi si est adnumeratum*. La même solution résulte encore à notre gré de Gaius IV. § 126 : lorsqu'une chose est vendue par un *argentarius* (jouant ici le rôle du commissaire priseur à la salle des ventes), l'argentarius ne peut exiger le paiement avant d'avoir au préalable livré la chose, à moins qu'une clause spéciale de l'adjudication n'ait stipulé que le prix serait payé avant la livraison.

mais il ne rend pas compte du motif de droit naturel sur lequel il s'appuie. Nous préférons donc l'explication très clairement donnée, comme toujours, par M. Accarias. D'ailleurs elles se complètent l'une l'autre.

La disposition de la loi des XII Tables est une saine interprétation de la volonté des parties. Il faut bien, en pratique, que l'une d'elles s'exécute la première, par conséquent cette initiative n'implique pas, de la part de celle qui la prend, l'intention de renoncer à son droit de propriété, et d'un autre côté l'effet translatif de la tradition est subordonné à l'intention du *tradens*.

Cette intention de ne pas transférer encore la propriété, on ne saurait la supposer chez l'acheteur, puisque, comme nous l'avons vu, cela ne mènerait à rien. Mais on peut la supposer chez le vendeur ; disons mieux : on le doit ; elle a pour lui de si grands avantages qu'elle s'impose pour ainsi dire.

338. — Voyons maintenant dans quelle situation se trouvent les parties après la tradition faite par le vendeur.

Ce dernier, resté propriétaire, garde la revendication, mais est-ce à dire qu'il puisse l'exercer immédiatement ? C'est que nous allons voir dans un instant.

L'acheteur, même avant d'avoir payé le prix ou fourni une satisfaction équivalente, jouit de la possession *ad usucapionem*, des interdits possessoires et de la Publicienne, par laquelle il triomphera de tout le monde, sauf du vendeur. Nous nous reférons à cet égard aux développements donnés plus haut, Chapitre XII.

Cependant Nissen, *Dei kaufrechtliche Tradition*, a soutenu qu'à moins de convention contraire expresse, c'était toujours une possession précaire que l'acheteur obtenait avant d'avoir payé son prix ou fourni une sa-

tisfaction équivalente. Voici les principales raisons qu'il allègue :

1° Si l'acheteur est évincé avant le paiement il ne peut intenter l'action en garantie : L. 11, § 2, D. *De act. empti*, 19, 1. cbn. avec L. 13, § 9, D. *eod.* — Mais c'est qu'autrement il se heurterait, s'il intentait l'action *ex stipulatu duplæ,* à l'exception de dol, ou à une exception *in factum* que l'on appelle parfois : *non adimpleti contractus* ; exceptions qui sont d'ailleurs contenues implicitement dans la formule de l'action de bonne foi.

2° Nissen s'appuie encore sur ce que l'acheteur qui n'a pas payé le prix ne jouirait pas de la Publicienne. Mais nous espérons avoir montré au Chapitre XII que cette action lui compète au contraire.

3° En droit strict, si l'esclave soumis à un droit d'usufruit achète une chose et si l'usufruitier n'en paie le prix qu'après l'extinction de l'usufruit, il n'acquiert pas la propriété de l'objet. — Mais cela ne prouve nullement qu'il n'en eût qu'une possession précaire ; l'obstacle vient de ce qu'il ne peut acquérir, *ex re sua*, par cet esclave que pendant la durée de son usufruit. Voyez Chap. XII, note 6 *in fine*.

Les textes montrent, contrairement au système de Nissen, qu'il fallait une convention expresse pour que la possession livrée à l'acheteur fût précaire : c'était l'exception, non la règle ; on peut citer :

L. 20, D. *De precario*, 43, 26, ci-dessous transcrite, voyez n° 339, puis L. 13, § 21, D. *De actionibus empti,* 19, 1 : *Possessionem autem traditam accipere debemus etsi precaria sit possessio...* enfin L. 3, C. *De pactis inter empt.*, 4, 54, texte sur lequel nous aurons à revenir : *Qui ea lege prædium vendidit : « ut, nisi reliquum pretium intra certum diem restitutum esset, ad se reverteretur »*, *si non precariam possessionem tra-*

didit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Quelques auteurs ont fait un raisonnement assez singulier : l'acheteur qui doit encore son prix *possède* lorsqu'il tient la chose à précaire (on sait que les Romains donnent au précariste les interdits possessoires), donc en dehors de ce cas il ne *possède* pas. — Mais, dit avec raison M. Accarias (t. I, 4e éd., p. 583, note 3) le pacte de précaire n'est pas destiné à augmenter les droits de l'acheteur; la vérité est qu'il les diminue dans l'intérêt du vendeur. Il est utile lorsque le vendeur fait crédit, parce qu'alors on pourrait croire qu'il consent à transférer immédiatement la propriété ; ce pacte sert à écarter cette interprétation de sa volonté. D'ailleurs Dioclétien proclame que l'acheteur « *non minus recte possidet quod soluta summa negatur.* » L. 9. C. *De cont. empt.*, 4, 38. Voyez plus haut, Chap. XII, note 15 *in fine.*

339. — Donc l'acheteur a la possession *ad usucapionem*, il a la Publicienne contre les tiers.

Reste à déterminer sa situation vis-à-vis du vendeur, ce qui présente quelques difficultés. Il semble résulter en effet de plusieurs textes que, même avant d'avoir payé son prix, l'acheteur pourrait parfois opposer avec succès au vendeur revendiquant l'exception *rei venditæ et traditæ.*

L. 1, § 5, D. *De except. rei vend. et trad.* 21, 3 :

Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor justam causam habeat cur rem vindicet, nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicandi, replicatione adversus exceptionem utetur.

§ 2, *eod : Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit hæc exceptio,*

nisi probetur me mandasse ne traderetur antequam pretium solvatur.

Dans les cas prévus par ces deux fragments, il n'y avait eu ni paiement du prix, ni satisfaction équivalente donnée au vendeur, car, s'il en eût été ainsi, la propriété aurait passé à l'acheteur qui n'aurait pas eu besoin d'exception pour repousser la revendication du vendeur [1]. Le second texte le prouve expressément.

Comment donc se fait-il que le vendeur revendiquant se heurte à l'exception *rei venditæ et traditæ* ? Il semble qu'il devrait pouvoir *dans tous les cas* briser cette exception par une réplique de dol, tirée du non paiement du prix, et que ce fait constituerait toujours à son profit, une *justa causa vindicandi* ?

Cependant le jurisconsulte suppose au contraire qu'en règle sa revendication échouera, et ne réussira que dans des cas exceptionnels : « *nisi forte venditor justam causam habeat cur rem vindicet* ».

Pour que le seul défaut de paiement du prix permît au vendeur de reprendre la chose, il faudrait qu'il l'eût remise à titre de précaire et que l'acheteur fût en retard, en demeure de payer :

L. 20, D. *De precario,* 43,26 : (Ulpien). *Ea quæ distracta sunt, ut precario penes emptorem essent quoad pretium universum persolveretur, si per emptorem steterit quominus persolveretur, venditorem posse consequi.*

Nous interpréterons de la même façon la L. 3. C.

4. D'ailleurs on ne saurait supposer que le jurisconsulte parlait de *res mancipi*, et que les compilateurs ont supprimé cette mention. Le texte paraît pur, il ne porte aucune trace de mutilation et les compilateurs auraient commis une très grande maladresse en l'insérant. On ne saurait dire que c'est par inadvertance, puisque s'ils avaient mutilé le texte, leur attention eût été attirée sur lui par la nécessité même de cette mutilation. Au surplus, c'est toujours à ceux qui allèguent une interpolation ou une mutilation, d'en apporter une preuve suffisante. — D'ailleurs, si l'acheteur avait payé le prix, quelle pourrait bien être la *justa causa vindicandi* ?

De pactis inter empt., 4, 54 : *Imp. Alexander Felici militi :*

Qui ea lege lege prædium vendidit : « ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur », si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

C'est aller manifestement à l'encontre du sens évident de ce passage, que de refuser de voir une *lex commissoria*, une condition résolutoire, dans la clause : « *ut nisi reliquum pretium* », etc., comme l'ont fait certains auteurs, suivant la doctrine de la glose [4 bis].

D'un autre côté, il n'est pas possible d'expliquer ce texte dans la théorie qui admet que la doctrine du retour de plein droit de la propriété, proposé par Ulpien, a divisé les jurisconsultes et les rescrits impériaux jusqu'à Justinien.

En effet, la constitution 4 au Code, *eod.* [5], qui prouve que le vendeur pouvait en cas de *lex commissaria* intenter la revendication, est de l'empereur Alexandre Sévère comme la L. 3 que nous venons de reproduire, en sorte que deux rescrits, émanés du même empereur à des dates peut-être très rapprochées, se contrediraient absolument, ce qui est inadmissible, puisque les deux rescrits ne sont que des consultations

4 *bis*. Cependant, il ne serait pas absolument impossible que l'empereur Alexandre Sévère, qui était très hostile à la *lex commissoria*, et qui n'hésitait pas, quand il s'agissait d'en éluder les effets, à juger contrairement à l'avis de ses conseillers les plus autorisés (c'est Paul qui le raconte, L. 38, D. *De minoribus*, 4, 4, *verbis* : « *quia lex commissoria displicebat ei* ») eût refusé ici la revendication en profitant de ce que la clause ne stipulait pas expressément la résolution de la vente. Il l'aurait alors interprétée en ce sens que le vendeur en accordant un terme, avait suivi la foi de l'acheteur, et par conséquent transféré la propriété. Le vendeur se serait seulement réservé la faculté de reprendre la chose, pour exercer le droit de rétention, si l'acheteur ne payait pas dans un délai déterminé, et n'aurait eu ainsi que l'action personnelle pour obtenir cette restitution. — Mais, outre qu'elle méconnaît l'intention probable des parties, cette explication serait bien conjecturale.

5. *Commissoriæ venditionis legem exercere non potest, qui post præstitutum solvendi pecuniæ diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

déclaratives du droit et n'ont nullement l'intention de le modifier.

Il faut donc chercher une autre explication.

Or, si l'on considère que la constitution suivante (L. 4) a soin de spécifier que le délai fixé pour le paiement du prix est expiré, et par conséquent que la condition résolutoire est accomplie, tandis que la L. 3 ne précise pas à quelle époque on veut intenter l'action, mais se borne à constater les clauses de la vente, on sera porté à adopter la seule interprétation rationnelle que l'on puisse donner de ce texte et qui a été proposée successivement par Thibaut, Puchta et Schulin[6] :

Confirmant la doctrine de la L. 20 D. *De precario*, la loi 3 décide qu'avant l'expiration du délai fixé pour le paiement ou la résolution de la vente, le vendeur qui a livré sans pacte de précaire ne saurait revendiquer. Il se heurterait en effet à l'exception *rei venditæ et traditæ*.

Qu'il réclame le paiement du prix, s'il est exigible[7], mais tant qu'il n'a pas de *justa causa vindicandi* dans le sens que nous allons indiquer dans un instant, sa revendication n'est pas admissible[7 bis].

6. Thibaut, *Civilistische Abhandlungen*, p. 375 et s. — Puchta-Rudorff, *Vorlesungen*, 5e éd. I, p. 488, cités par Schulin, *Resolutivbedingung*, p. 155 et note 205.

7. Le prix peut parfaitement devenir exigible, même avant le moment fixé par la *lex commissoria* pour la résolution de la vente. On peut très bien concevoir la *lex commissoria*, même dans une vente au comptant. Il est convenu que le prix sera payable tout de suite ; on ajoute que s'il n'est pas payé dans le délai d'un mois, la vente sera résolue. On voit que le délai fixé pour la résolution ne se confond pas nécessairement avec le terme du paiement. Même dans une vente au comptant, la *lex commissoria* a l'avantage de rendre au vendeur le droit de disposer de la chose ; autrement il peut bien la reprendre par la revendication, la garder jusqu'au paiement, mais il a les mains liées, et l'action *venditi*, s'il n'y a pas de clause résolutoire, ne pourra lui procurer ou ne lui procurera que très difficilement la résolution de la vente : *Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit* L. 6, C. *De act. empti*, 4, 49.

7 *bis*. De même la femme qui avant le mariage, et pour se constituer une dot, a fait tradition au mari, *sous condition suspensive*, peut revendiquer en rompant les fiançailles dans les formes usitées (*nuncio remisso*) ; sans cela sa

D'ailleurs, la loi 20, D. *De precario*, ci-dessus transcrite, prouve que, même en cas de concession précaire, le vendeur ne saurait, *ad nutum*, par caprice, reprendre la chose, il faut que l'acheteur soit en demeure de payer : « *si per emptorem steterit quominus persolveretur.* »

A la vérité le pacte de précaire donne en général au concédant la faculté de reprendre la chose *ad nutum*, quand il lui plaît ; mais on voit que cette règle reçoit une dérogation équitable lorsque ce pacte accompagne une vente ; ce n'est pas une libéralité, une concession généreuse que l'on reçoit ici, le précaire n'intervient que pour favoriser l'exécution d'un contrat à titre onéreux ; l'acheteur a ici, à la détention de la chose, un titre autre et plus sérieux que la volonté bienveillante du concédant, par conséquent le vendeur ne doit pas par caprice lui reprendre l'objet vendu, il faut qu'il y ait retard dans le paiement du prix.

Donc, *a contrario*, si la tradition a été faite à titre non précaire, il faut qu'il y ait une *causa vindicandi* autre que le fait isolé du non paiement ; car, encore une fois, s'il en était autrement, dès la livraison il y aurait une *justa causa vindicandi*, puisque le vendeur n'a pas suivi la foi de l'acheteur[8] puisqu'il ne lui a pas fait crédit !

340. — Quelles peuvent être ces *justæ causæ vindicandi*, nécessairement autres que le défaut de paiement ?

Il y en a une qu'on aperçoit tout d'abord : l'insolvabilité de l'acheteur, constatée soit par des poursuites intentées par l'action *venditi* et restées infructueuses,

revendication serait brisée par l'exception de dol : *doti enim destinata non debebunt vindicari*. C'est parce qu'il n'y a pas de *justa causa vindicandi*, si le projet de mariage n'est pas abandonné. Voy. L. 7, § 3, D. *De jure dot.* 23, 3.

8. Autrement ce dernier serait propriétaire et il ne pourrait être question de revendication pour le vendeur.

soit par sa déconfiture; c'est précisément dans ce cas que la L. 5, § 18, D. *De tributoria*, 14, 4, autorise la revendication.

Le danger de perdre la chose et le prix, voilà certes une *justa causa vindicandi!*

Il y en a d'autres. La résolution de la vente justifierait aussi évidemment la revendication. Supposons par exemple une vente au comptant faite avec la clause qu'elle sera résolue si le vendeur trouve, dans un certain délai, de meilleures conditions (*addictio in diem*). La condition se réalisant, le vendeur, qui veut livrer au nouvel acheteur, aura les meilleures raisons de revendiquer!

Enfin imaginons que le vendeur, tout en accordant un délai de paiement et en livrant la chose, ait clairement manifesté l'intention de ne pas se dessaisir de la propriété avant d'avoir reçu le prix[9]; qu'en outre on soit convenu que la vente serait résolue à défaut de paiement au jour fixé (*lex commissoria*), alors, sans aucun doute, le vendeur aura une *justa causa vindicandi.*

De même dans le cas de vente à l'essai sous condition résolutoire, *pactum displicentiæ.*

Ainsi le danger de perdre la chose et le prix, la résolution de la vente, voilà des *justæ causæ vindicandi* autorisant le vendeur à intenter la revendication, qui lui compète en vertu du principe que la tradition ne transfère pas la propriété tant que le prix n'est pas payé.

Voilà le principe et la situation qui en résulte pour les parties.

341. — Ce principe reçoit des exceptions mentionnées par les textes cités plus haut, note 2.

9. Nous supposons cette intention manifestée pour éviter une difficulté qui sera étudiée plus loin. On pourrait dire qu'octroyer un terme, c'est suivre la foi de l'acheteur, et consentir à transférer la propriété.

Par exemple, si le vendeur a libéré l'acheteur en acceptant à sa place un autre débiteur (*expromissio*), ou s'il a reçu de l'acheteur une garantie, comme un fidéjusseur ou un gage.

Enfin les Institutes (II, I, § 41) ajoutent : *sed et si fidem emptoris secutus est, dicendum est statim emptoris fieri*. De même la L. 5, § 18, D. *De tributoria*, 14, 4, dit : « *in creditum abire.* »

Il s'agit maintenant de déterminer nettement le sens de cette dernière exception.

Toutes ces exceptions sont basées sur l'interprétation de la volonté du vendeur. Comme la propriété gardée par lui est, en règle, la meilleure des garanties, il est généralement fort inutile d'en ajouter une autre. Si donc, en fait, une autre garantie, fidéjusseur ou gage par exemple, a été donnée, on doit supposer que ce n'est pas pour la *cumuler* avec la sûreté résultant de la propriété retenue; ce serait un véritable luxe de précautions. Une interprétation plus rationnelle consiste à supposer qu'on a voulu, non pas cumuler inutilement deux garanties, mais remplacer une sûreté par une autre, et que par conséquent la propriété est transférée [10].

Arrivons au cas où le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, où il s'est contenté de la solvabilité personnelle de son débiteur : « *in creditum abiit* » comme le dit le texte cité plus haut.

A quoi reconnaîtra-t-on que le vendeur a entendu sacrifier la garantie excellente dont il était muni ? Il ne s'agit pas ici de substituer une sûreté à une autre; peut-on admettre aisément que le vendeur ait voulu renoncer à sa garantie sans aucune compensation ?

10. Cette interprétation s'impose même d'une manière absolue, lorsque le vendeur se fait consentir une hypothèque sur la chose vendue, L. 1, § 4, *De rebus eorum*, 27, 9. Il ne saurait à la fois conserver la propriété et acquérir hypothèque sur sa propre chose.

Evidemment non !

Cela est tellement vrai que d'après Varron [11] la simple stipulation du prix ne serait pas considérée comme une satisfaction ; or il faut que le vendeur ait reçu une satisfaction : *enimvero si non abiit in creditum, quia res venditæ non alias desinunt esse meæ nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse*, L. 5, § 18, D. *De trib.* 14, 4.

Cependant, si vraiment la volonté du vendeur a été telle, il faut bien décider que la propriété sera transférée, mais à la condition qu'il soit prouvé que le vendeur a entendu se contenter, pour toute garantie, de la solvabilité personnelle de l'acheteur :

L. 19, D. *De cont. empt.* 18, 1 (Pomponius) : *Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori, sine ulla satisfactione.*

« *Fidem habere emptori* » « *fidem emptoris sequi* » (Inst. II, 1, § 41) « *in creditum abire* » (L. 5, § 18, D. 14, 4) toutes expressions synonymes qui marquent que le vendeur a *cru* (*credere*) à la solvabilité de l'acheteur, qu'il y a eu foi (*fidem habere*).

Voici, par exemple un rescrit de Caracalla qui, à notre gré, renferme une application de cette idée :

L. 1, C. *De act. empti*, 4, 49 : *Adversus eum, cui agrum vendidisti, judicio venditi consiste. Neque enim tibi in rem actio cum emptore, qui personaliter tibi sit obligatus, competit.*

Sans doute, il est difficile de reconstituer l'espèce sur laquelle a été rendu ce rescrit, et la suppression de la requête qui exposait les faits et à laquelle il répondait

11. *De re rustica*, II, 2, §§ 5 et 6. — Il en serait autrement sans doute du contrat *litteris* (*transcriptio a re in personam* Gaius III, § 129), parce que le registre porte alors que le prix a été payé et la même somme prêtée à l'acheteur.

crée ici, comme bien souvent, une certaine obscurité. Mais enfin on voit que le motif donné pour exclure l'action *in rem* du vendeur (revendication ou Publicienne selon qu'il était propriétaire quiritaire ou bonitaire), réside dans les mots « *qui personaliter tibi sit obligatus* ». Ils signifient que le vendeur s'est ici contenté de l'*obligation personnelle* de l'acheteur, ils ne peuvent signifier que cela, autrement, comme aucune satisfaction n'a été fournie, la propriété n'aurait pas été transférée et le vendeur aurait conservé l'action réelle [12].

342. — Mais ici se présente une difficulté. A quoi reconnaîtra-t-on que le vendeur a eu une confiance entière dans la solvabilité personnelle de l'acheteur et a entendu s'en contenter, renonçant ainsi à la garantie si efficace que la loi lui assurait ?

Le seul fait qu'un terme a été octroyé pour le paiement suffit-il à prouver chez le vendeur une confiance telle qu'elle entraîne cette grave renonciation ?

Il en serait ainsi sans doute, si la concession d'un terme ne pouvait s'interpréter (à défaut de réserves expresses) que par une confiance entière en la solvabilité de l'acheteur ; mais cette interprétation ne s'impose point, il s'en faut de beaucoup.

Ne nous laissons pas abuser par le sens ambigu du mot *crédit* qui signifie à la fois la confiance dont on jouit, et le terme que l'on a pour payer.

Atermoiement et confiance ne sont pas synonymes !

12. Schulin interprète ce texte autrement. Il y voit l'application de l'idée que le vendeur, même resté propriétaire, ne peut pas en principe revendiquer, sans avoir une *justa causa vindicandi*, comme le danger de perdre à la fois la chose et le prix. L'idée est juste sans doute, mais Schulin n'explique pas le : « *personaliter tibi sit obligatus* » ; le texte semble bien exclure *définitivement* la revendication, en s'appuyant sur ce que l'acheteur est obligé, ce qui ne peut guère s'interpréter qu'en ce sens que le vendeur s'est contenté de cette obligation, autrement « *personaliter obligatus* » serait une banalité ; l'acheteur est toujours obligé personnellement.

On peut donner un terme parce qu'on a confiance dans la solvabilité du débiteur, on peut aussi l'accorder parce qu'il est dans l'impossibilité actuelle de payer, que pourtant on peut *espérer* qu'il paiera, et qu'il importe de ne pas laisser échapper l'occasion d'un marché avantageux.

Ne confondons pas l'espérance avec la foi !

Le terme n'implique donc pas nécessairement la confiance ; aussi aucun texte à notre connaissance n'exclut-il de la revendication le vendeur « *qui diem ad solvendum pretium concesserit* », mais seulement le vendeur « *qui fidem habuerit emptori* », ce qui n'est pas toujours la même chose.

Dira-t-on par exemple qu'un vendeur au comptant, qui, sur la prière de son acheteur, lui donne quelques jours de répit, montre par là une confiance entière en sa solvabilité et renonce à la propriété ?

On ne doit pas non plus supposer nécessairement cette renonciation si grave dans le cas où le terme a été stipulé dans le contrat même, car il peut avoir été accordé par des motifs tout autres que la foi dans la solvabilité de l'acheteur.

Tout dépend des circonstances, par exemple de la durée du délai fixé ; s'il est très bref, pourra-t-on attribuer au vendeur le sacrifice de son droit ?

En définitive le droit romain n'a pas restreint aux ventes au comptant le principe que le vendeur reste propriétaire jusqu'au paiement du prix ; il l'a proclamé d'une manière générale, puis il y a apporté quelques exceptions.

Lorsqu'il décide par exemple que la dation d'un fidéjusseur ou d'un gage, la substitution d'un autre débiteur à la place de l'acheteur, équivalent au paiement du prix, peut-on penser qu'il s'agit d'une vente originairement faite au comptant ?

On ne donne pas, pour une dette exigible, un gage que

le créancier pourrait faire vendre immédiatement, un fidejusseur ou un *expromissor* qu'il pourrait poursuivre à l'instant !

Il serait plus simple alors que ce fidéjusseur, cet *expromissor*, payassent tout de suite !

Ces satisfactions, qui équivalent au paiement, impliquent pratiquement et nécessairement une dette à échéance.

Supposera-t-on que, la vente ayant été primitivement faite au comptant, le créancier a ensuite accordé un terme moyennant une garantie ? Mais ce serait *prêter* aux textes qui ne parlent point de cela.

Par conséquent il s'agit bien d'un prix payable à terme : le débiteur, intéressé à devenir propriétaire immédiatement pour pouvoir lui-même aliéner avantageusement la chose, offre au créancier, qui l'accepte, une sûreté équivalente ; devenu propriétaire, il revend la chose, et, avec le prix qu'il touche, désintéresse son vendeur !

Voilà, ce nous semble, le cas que prévoient nos textes, l'hypothèse la plus simple, celle qui se présente le plus naturellement à l'esprit.

Le principe est donc général : il reçoit pourtant exception, si le vendeur a voulu *suivre la foi* de l'acheteur. Mais alors c'est à ce dernier de prouver qu'il se trouve en effet dans le cas de cette exception introduite à son profit, autrement la règle générale reprendra son empire.

Nous savons bien que le vendeur pourrait écarter jusqu'à l'ombre d'une discussion sur ses intentions en livrant la chose à titre de bail ou de précaire ; mais, de ce qu'il ne l'a pas fait, il ne s'ensuit pas nécessairement que son intention ait été de se dépouiller de sa garantie : les renonciations ne se présument pas !

D'ailleurs l'acheteur insistera pour qu'on ne le place

pas dans cette situation de précariste, bien moins avantageuse pour lui que celle qu'il aurait autrement. Précariste, il n'a pour se défendre contre les tiers que les interdits possessoires; si au contraire on lui fait tradition sans précaire, il jouit de la Publicienne, même avant d'avoir payé son prix [13].

343. — Mais admettons pour un instant que toutes ces raisons soient réduites à néant, et que le seul fait de vendre payable à terme, et de livrer sans précaire, doive faire supposer chez le vendeur l'intention d'abandonner sa garantie, et manifeste de sa part une confiance parfaite en la solvabilité de l'acheteur !

Toujours est-il qu'il n'y a là qu'une *interprétation* de sa volonté, et qu'il sera impossible de l'adopter si les clauses de la vente montrent, que loin d'avoir confiance en la solvabilité de l'acheteur, il s'en défie au contraire et prend contre elle ses précautions !

Or, en fait de clause manifestant la défiance du vendeur, on n'en saurait trouver de plus énergique que la *lex commissoria* [14] !

Loin de compter, avec une pleine assurance, sur le paiement au jour fixé, il prévoit au contraire que ce paiement n'aura pas lieu, il exige en ce cas, non seulement que la chose lui soit rendue, mais encore que la vente soit résolue ; il veut n'avoir plus de rapports avec cet acheteur infidèle à sa parole.

Ce n'est pas tout : le plus souvent il reçoit un acompte, et cet acompte l'acheteur le perdra si au jour fixé, et sans qu'il soit besoin de le mettre en demeure, il n'a pas versé jusqu'au dernier sesterce de son prix [15] !

13. Ci-dessus, Chap. XII.
14. Schulin, *Revolutiv.*, p. 144.
15 L. 38, D. *De minor.*, 4, 4. — L. 4, §§ 1, 4, L. 6. pr., L. 8, D. *De lege com.*, 18, 3. — L. 10, pr. §, 1 D., *De rescind. vend.*, 18, 5.

Enfin les parties conviennent généralement qu'il devra indemniser le vendeur de la différence entre le prix qu'il a promis et celui auquel le vendeur peut revendre la chose à un autre acheteur [16].

Si toutes ces clauses draconiennes ne respirent pas la défiance la mieux caractérisée, nous nous demandons en vérité comment le vendeur devrait s'y prendre pour la manifester plus clairement !

Le pacte de précaire lui-même est moins grave à cet égard. Il n'implique pas la rupture du contrat, la perte des acomptes; le vendeur reprendra la chose et la retiendra jusqu'à parfait paiement, voilà tout.

Résumons-nous :

Octroyer un terme ne suppose pas nécessairement chez le vendeur la renonciation à la propriété, si les circonstances de la vente ne montrent pas que le vendeur l'accorde parce qu'il a pleine confiance dans la solvabilité de l'acheteur.

A combien plus forte raison le vendeur conserve-t-il sa garantie lorsque les clauses de la vente manifestent qu'il n'a aucune assurance d'être payé à l'échéance, aucune confiance dans l'exactitude de l'acheteur !

Par conséquent, dans toute vente faite avec la clause de la *lex commissoria*, le vendeur conserve la propriété de la chose jusqu'au paiement intégral du prix [17] ! Rien de plus naturel que de voir les textes lui accorder la revendication !

344. — D'ailleurs, nos sources ne se contentent pas de donner la revendication au vendeur après l'arrivée de la condition résolutoire (ce que l'on cherche à expliquer par un retour de la propriété, idée étrangère au droit romain) elles le proclament propriétaire même

16. L. 4, § 3, D. *De lege com.*, 18, 3. — L. 6, § 1. D. *De cont. empt.*, 18, 1.

17. Ce qui n'empêche pas d'ailleurs l'acheteur de jouir de la Publicienne et d'usucaper tant que la vente n'est pas résolue. Voyez plus haut, Chap. XII.

avant l'échéance du délai fixé, ce qui est inconciliable avec le système du retour *ipso jure :*

L. 38, D. *Ad legem Falcidiam*, 35,2 : *Hermogenianus libro primo juris epitomarum :*

Statuliber heredis non auget familiam. Communes servi in utriusque patrimonio connumerantur. Cujus ususfructus alienus est in dominio domini proprietatis connumeratur ; pignori dati in debitoris ; sub lege commissoria distracti, item ad diem addicti, in venditoris.

Si l'on s'attache à la place qu'occupe ce texte dans le Digeste, il a pour but d'indiquer comment on doit s'y prendre pour estimer l'actif d'une succession, afin de déterminer si le testateur n'a pas légué plus des trois quarts de son hérédité, et dépassé ainsi le maximum fixé par la loi Falcidie.

Laissant de côté pour un instant les premières lignes du texte, nous constatons tout d'abord que le jurisconsulte décide en dernier lieu qu'il faut compter dans le patrimoine du vendeur défunt l'esclave qu'il a vendu sous les clauses de la *lex commissoria* et de l'*addictio in diem.*

Pour ne parler ici que de la *lex commissoria*, on voit qu'Hermogénien considère le vendeur comme étant toujours propriétaire de l'esclave, puisqu'il veut qu'on le compte dans le patrimoine de ce vendeur.

A la vérité la *lex commissoria* peut constituer une condition suspensive, si telle a été l'intention des parties [18] ; mais d'une part Hermogénien ne distingue pas, par conséquent sa décision s'applique même au cas où la *lex commissoria* est insérée comme condition résolutoire, et d'autre part au temps d'Hermogénien [19], dans

18. L. 2, § 4, D. *Pro empt.*, 41, 4. Dans ce cas tout le monde convient que la propriété reste au vendeur.

19. C'est-à-dire après Ulpien : L. 1, D. *De lege commissoria*, 18, 3.

le doute, on interprétait cette clause de préférence comme condition résolutoire.

Ce texte prouve donc catégoriquement que le vendeur *sub lege commissoria* restait propriétaire de l'objet vendu; sans cela, encore une fois, quelle raison aurait-on de compter cet objet parmi les biens de ce vendeur?

Mais le texte est bien plus probant encore qu'il n'en a l'air à première vue, ainsi que Schulin l'a montré avec la sagacité pénétrante dont il a fait preuve dans cette difficile matière [20].

En effet, le texte d'Hermogénien n'avait pas en réalité pour objet le calcul de la loi Falcidie, et son introduction dans le titre du Digeste consacré à cette loi est le résultat d'une de ces inadvertances que les compilateurs n'ont pas su toujours éviter dans leur gigantesque et trop rapide travail.

Hermogénien s'occupait dans ce passage, non pas de la loi Falcidie, mais de la loi Furia Caninia, laquelle déterminait, on le sait, le nombre d'esclaves que l'on pouvait affranchir par testament, et le fixait à une fraction du nombre total d'esclaves que l'on avait à son décès [21]. Il fallait donc savoir quels esclaves on compterait pour établir ce chiffre total : tel est le but que se propose Hermogénien.

Il est aisé de démontrer en effet : 1° qu'il ne s'occupait pas de la loi Falcidie; 2° qu'il traitait de la loi Furia Caninia.

1° Il ne s'occupait pas de la loi Falcidie. En effet, s'il en était ainsi, la plupart de ses solutions seraient contredites par les textes, quelques-unes deviendraient absurdes :

a) Le jurisconsulte parle tout d'abord du *statuliber*,

20. Schulin, *Resolutivbedingung*, p. 145 et s.
21. Gaius I, §§ 42-47.

c'est-à-dire de l'esclave affranchi par testament, mais sous une condition qui est encore en suspens : *medio tempore* il est esclave de l'héritier. Mais si l'héritier vient lui-même à mourir, cet esclave doit-il être compté dans le patrimoine de l'héritier, pour le calcul de la loi Falcidie ? Le bon sens et les textes [22] répondent que le *statuliber* comptera pour le calcul de la quarte si la condition de son affranchissement ne se réalise pas et qu'il ne comptera pas, au contraire, si la condition s'accomplit. On connaît les stipulations qui interviennent alors entre l'héritier et les légataires et qui assurent le redressement des calculs dans le cas où l'événement tromperait les prévisions. Hermogénien déciderait au contraire que le *statuliber* ne devra jamais compter, c'est-à-dire pas même dans le cas où, la condition défaillant, il aurait toujours été la propriété de l'héritier dont il s'agit d'évaluer le patrimoine, solution absolument déraisonnable.

b) Hermogénien ajoute que l'esclave commun doit être compté dans le patrimoine de ses deux maîtres, ce qui est absurde : il est clair qu'on doit compter seulement pour la moitié de sa valeur dans le patrimoine de chacun des deux copropriétaires.

c) La solution relative à l'esclave dont l'usufruit appartient à un tiers n'est pas moins déraisonnable ; évidemment on ne doit pas compter la valeur entière de l'esclave, il faut en déduire la valeur de l'usufruit.

d) En ce qui touche la *lex commissoria*, Hermogénien décide que l'esclave vendu doit être compté dans le patrimoine du vendeur. S'il a parlé de la Falcidie, cette solution ne se comprend pas ; on ne peut en effet savoir à ce moment si c'est l'esclave ou son prix qu'il faut compter dans le patrimoine du vendeur,

22. L. 73, § 3. D. *Ad leg. Fal.*, 35, 2. — L. 1. §§ 11, D. *Si cui plus quam*, 35, 3.

cela dépend d'un événement futur : c'est le prix, si l'acheteur paie au jour dit, c'est l'esclave au contraire, si, à défaut de paiement, la vente est résolue. La valeur de l'esclave pouvant différer de son prix, il faudra ici avoir recours à des stipulations entre l'héritier et les légataires, comme dans tous les cas où la mesure du patrimoine dépend d'une condition.

e) En ce qui concerne l'*in diem addictio*, la solution d'Hermogénien arrive aux dernières limites de l'absurdité, si l'on admet qu'il a parlé de la loi Falcidie. Il veut que l'on compte dans le patrimoine du vendeur l'esclave vendu avec la condition que la vente sera résolue si, dans un certain délai, il se présente un acheteur offrant de meilleures conditions ! Mais, quoi qu'il arrive, que le vendeur trouve ou non de meilleures conditions, ce ne sera jamais l'esclave vendu qu'il faudra compter dans son patrimoine, mais bien le prix qui lui sera dû, soit par le second acheteur, si la vente est résolue, soit par le premier, si elle ne l'est pas !

Donc Hermogénien ne parlait pas de la loi Falcidie.

2° Il traitait de la loi Furia Caninia ; en effet :

a) Il ne parle que d'esclaves, donc il commente une loi qui s'occupe des esclaves.

D'ailleurs le texte ne dit pas *statuliber non auget* BONA, mais FAMILIAM : *familia* signifie proprement l'ensemble, le total des esclaves.

b) Le texte est extrait du premier livre de l'*Epitome* d'Hermogénien. Ce n'est pas dans ce livre premier, c'est dans le livre IV, qu'il traitait des legs et de la quarte Falcidie [22 bis].

22 *bis*. Voici les fragments de ce livre IV qui nous ont été conservés : L. 22, D. *De leg.* 3°, 32. — L. 95, D. *De cond.*, 35, 1. — L. 40, AD LEG. FALCID., 35, 2. — L. 14, *Ad Snc. Trebell.* 36, 1, (voir les observations dans l'édition de Mommsen). — L. 11, D. *Ut in pos. leg.* 36, 4. — L. 98, D. *De Reg. jur.* 50, 17.

Dans le premier livre, nous le savons par Hermogénien lui-même (L. 2, D. *De statu hom.*, 1, 5), il traitait du droit des personnes, notamment des affranchissements (L. 24, D. *De manumis.* 40, 1 — L. 23. D. *De manumis. vind.* 40, 2. — L. 27, D. *Qui et a quib.*, 40, 9). S'appuyant sur ces motifs, J. Voorda (*ad leg. Falc. comment.*, *Trajecti ad Rhenum*, 1730, p. 142 *et s.*) et Roszhirt (*die Lehre von den Vermæchtnissen* p. 542) cités par Schulin, note 184, ont depuis longtemps établi que le jurisconsulte commentait ici la loi Furia Caninia.

c) Alors en effet ses solutions, d'incompréhensibles, deviennent fort claires.

Si j'ai huit esclaves, la loi me permet d'en affranchir quatre par testament; si je n'en ai que sept, je ne pourrai donner la liberté qu'à trois d'entre eux.

Supposons que le huitième soit un *statuliber*, un esclave commun, ou soumis à un droit d'usufruit, ou vendu avec clause de *lex commissoria* ou d'*addictio in diem*, le compterons-nous, oui ou non?

Reprenons les solutions:

Le *statuliber* ne compte pas. Il a déjà compté parmi les esclaves du testateur qui l'a affranchi sous condition, pour permettre à ce testateur de faire un certain nombre d'affranchissements; il ne faut pas qu'il compte une seconde fois dans le patrimoine de l'héritier de ce testateur, bien qu'il soit sa propriété, pour permettre à cet héritier testant à son tour, d'affranchir quatre esclaves au lieu de trois.

L'esclave commun compte dans le patrimoine de ses deux maîtres; chacun d'eux peut dire qu'il a la propriété d'un esclave: solution favorable à la liberté (*Libertas omnibus rebus favorabilior est*, L. 122, D. 50, 17).

L'esclave soumis à un droit d'usufruit compte dans

le patrimoine du nu-propriétaire, qui seul en est *propriétaire.*

L'esclave donné en gage sera compté par le débiteur qui en est resté *propriétaire.*

L'esclave vendu sous les clauses résolutoires de la *lex commissoria* et de l'*addictio in diem*, compte pour le vendeur, PARCE QU'IL EN EST ENCORE POPRIÉTAIRE.

Dès lors, le texte d'Hermogénien acquiert une force probante bien plus grande encore. Si l'esclave vendu sous la clause résolutoire de la *lex commissoria* et de l'*addictio in diem* compte parmi les esclaves du vendeur pour déterminer le nombre qu'il en a, et partant le nombre de ceux qu'il peut affranchir, c'est, de toute évidence, et ce ne peut être, que parce que le vendeur en a gardé la propriété [23] !

Si l'esclave vendu *sub lege commissoria* était la propriété de l'acheteur, c'est au nombre des esclaves de cet acheteur qu'il faudrait le compter !

Donc ce texte prouve d'une manière irréfutable que la propriété de l'objet vendu sous cette clause ne passe pas à l'acheteur avant qu'il ait payé le prix.

345. — Beaucoup d'autres textes viennent confirmer cette proposition.

C'est d'abord la L. 5, D. *De lege com.*, 18,3 :

Neratius lib. 5 Membranarum : Lege fundo vendito dicta, ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus quos interim emptor percepisset hoc agi intelligendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque jure perciperet. Sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his judicium in emptorem dandum esse...

« Un immeuble ayant été vendu sous la condition que la vente serait résolue si le prix n'était pas payé dans

23. Voyez *supra* 2° lettre *c in fine* et 1°, lettres *d* et *e*.

un certain délai, quant aux fruits que l'acheteur a perçus pendant l'intervalle, il faut considérer que l'intention des parties a été qu'il les acquît pour son compte, en vertu de son droit propre [24]. Mais si la vente est résolue, Ariston pensait qu'il faut donner au vendeur une action contre l'acheteur à raison de ces fruits... »

« *Hoc agi intelligendum est* ». C'est par interprétation de la volonté des parties que Nératius décide que l'acheteur fera les fruits siens.

Or, si la propriété lui avait été transférée, il ferait les fruits siens nécessairement, cela irait de soi. D'ailleurs il s'agit bien ici d'une condition résolutoire et non pas suspensive, car, non seulement le jurisconsulte emploie l'expression « *revenisset* » qui ne convient guère qu'à la condition résolutoire, mais encore il serait impossible, en cas de condition suspensive, que l'acheteur fît les fruits siens *proprio jure*; enfin dans la même hypothèse il aurait été par trop clair qu'il devait rendre ces fruits, et la question résolue par Ariston n'aurait pas même pu se poser.

Autre texte : L. 11, §§ 13, 14, D. *Quod vi aut clam*, 43, 24 (Ulpien) :

§ 13. *Si ita prædium venierit, ut, si displicuisset, inemptum esset, facilius admittimus, Interdictum* (quod vi aut clam) *emptorem habere, si modo est in possessione. Et si rescissio emptionis in alterius arbitrium conferatur, idem erit probandum. Idemque et si ita venisset ut si aliquid evenisset, inemptum esset prædium. Et si forte lege commissoria venierit idem dicendum est.*

§ 14. *Idem Julianus scribit, Interdictum hoc non solum domino prædii, sed etiam his quorum interest opus factum non esse, competere.*

24. Et non pas comme un fermier qui exerce le droit du bailleur. L'acheteur sous condition résolutoire est un possesseur qui usucape (*supra* Chap. XII), qui jouit de la Publicienne. Le texte cité prouve de plus qu'il fait les fruits siens, ce qui achève de caractériser sa situation.

Il s'agit ici d'une *lex commissoria* sous condition résolutoire, car dans le doute Ulpien l'interprète en ce sens [25]. D'ailleurs, il parle en même temps de la *rescissio emptionis*, et du *pactum displicentiæ*, clause qu'il considère toujours comme une condition résolutoire [26].

C'est en se basant sur l'intérêt de l'acheteur, lequel est d'ailleurs en possession, qu'Ulpien et Julien lui accordent l'interdit, ainsi que le montrent les §§ 10, 11, 12, que nous ne reproduisons pas ici à cause de leur longueur, et le § 14 ci-dessus transcrit, dans lequel Julien, résumant les solutions précédentes, remarque que l'interdit appartient, non pas seulement au propriétaire, mais à d'autres intéressés. Or, si les divers acheteurs sous condition résolutoire énumérés au § 13 étaient propriétaires, à quoi bon cette remarque, et cette énumération ? Cela irait de soi !

346. — Enfin, à l'appui de l'idée que la propriété n'était pas transférée avant le paiement du prix, lorsqu'on avait vendu *sub lege commissoria*, on peut invoquer tous les textes sur lesquels se fonde le système qui admet le retour de plein droit de la propriété par l'effet de la condition résolutoire.

Voici ceux qui se rapportent à la *lex commissoria :*

C'est d'abord la L. 8, D. *De lege commissoria* 18, 3, (Scævola.)

Mulier fundos Gaio Seio vendidit, et acceptis arrhæ nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquæ pecuniæ, quibus si non paruisset emptor, pactus est ut arrham perderet et inemptæ villæ essent; die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit, defuisse autem ven-

25. L. 1, D. *De lege com.* 18, 3.
26. L. 3, D. *De cont. empt.*, 18, 1, *verbis : « constat... ».*

ditricem : posteriore autem die, nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret; quæsitum est, an fundi non sint in ea causa ut a venditrice VINDICARI *debeant ex conventione venditionis? Respondit : secundum ea quæ proponerentur, non commisisse in legem venditionis emptorem.*

L'acheteur *sub lege commissoria* avait fait ici des offres réelles le jour fixé pour le paiement ; le lendemain le fisc empêche tout paiement par une sorte de saisie-arrêt opérée entre les mains de l'acheteur : ce dernier n'a donc pas encouru la clause résolutoire, et Scævola répond négativement à la question de savoir : « *An fundi non sint in ea causa ut a venditrice* VINDICARI *debeant ex conventione venditionis.* »

Donc, si la *lex commissoria* avait été encourue, le vendeur aurait pu revendiquer !

Il ne semble s'être élevé aucune hésitation sur ce point, ni dans l'esprit des consultants ni dans celui du jurisconsulte qui leur répond ; cela ne semble pas faire question pour eux, et la seule difficulté à résoudre consiste à savoir si la *lex commissoria* est encourue ou non.

L. I. C. *De pactis inter empt. et vend.* 4, 54. *Imp. Antoninus A. Diotimæ* :

Si ea lege prædium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emptrix arrhas perderet, ET DOMINIUM AD TE PERTINERET, *fides contractus servanda est* (216).

Le vendeur reprend sa propriété, en ce sens que son action en revendication, qu'il n'a jamais perdue, redevient efficace, tandis qu'avant l'expiration du délai elle était paralysée par l'exception *rei venditæ*, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut.

Avant le terme fixé, l'acheteur, qui par la Publi-

cienne triompherait même de son vendeur, se trouve donc propriétaire *de fait*, propriétaire prétorien, et pratiquement on aboutit aux mêmes conséquences que si la propriété lui avait été réellement transmise.

Le délai écoulé sans que le prix ait été payé, le vendeur revendique efficacement puisqu'il a désormais une *justa causa vindicandi*, et l'acheteur perd la Publicienne dont la *justa causa* (l'achat) se trouve anéantie par la condition résolutoire.

Tout se passe donc en pratique comme si la propriété revenait de plein droit au vendeur (bien qu'en réalité il ne l'ait jamais perdue); ce résultat fort utile est obtenu par le simple jeu des actions, combiné avec la règle que la propriété n'est acquise qu'après le paiement du prix, et sans porter la moindre atteinte au vieux principe : *proprietas ad tempus transferri nequit.*

C'est dans ce sens que le texte dit : *dominium ad te pertineret.* On ne peut être pratiquement considéré comme *dominus* que lorsque l'on a une revendication efficace. Tant qu'elle est paralysée par une exception, c'est comme si l'on n'avait pas cette action [27], par conséquent c'est comme si l'on *n'était pas propriétaire*, et quand la revendication reprend son efficacité, c'est comme si *on le redevenait.*

L. 4. C. *eod.*, 4, 54. *Imp. Alexander A. Juliano*:

Commissoriæ venditionis legem exercere non potest, qui post præstitutum pretii solvendi diem, non VINDICATIONEM REI *eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

Ainsi, le délai expiré, le vendeur a le choix (*eligere*) entre deux partis : *revendiquer la chose*, ou exiger l'exécution des obligations de l'acheteur. S'il prend ce

27. L. 112, D. *De reg. jur.* 50, 17 : *Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.*

dernier parti, il renonce par là même à la résolution et à ses conséquences[28].

Ces textes ont été invoqués par les partisans du système qui admet à toute époque le retour de plein droit de la propriété transmise sous condition résolutoire. Nous ne reviendrons pas sur les arguments, à nos yeux décisifs, que l'on peut faire valoir contre ce système pour l'époque classique et même pour le temps de Justinien : voyez plus haut, Chap. XXIV.

347. — Dans le système qui n'admet jamais le retour de plein droit et qui se place ainsi aux antipodes du précédent, on cherche à expliquer ces textes de la manière la plus variée et la plus fantastique[29].

M. Maynz[30] et la plupart des auteurs français[31] estiment que les mots *vindicari*, *vindicationem rei*, employés par la L. 8, D. *De leg com.*, et la L. 4, C. *De pact. int.*, n'ont pas un *sens technique* et signifient tout simplement *réclamer* par l'action *venditi* !

C'est prendre ce qu'on peut appeler un parti désespéré. On comprend que des suppositions de ce genre ne prêtent guère à la discussion.

Lorsque le maître de Papinien, Scævola, lorsqu'un rescrit impérial d'Alexandre Sévère, rédigé dans le conseil de l'empereur et par la plume des plus grands jurisconsultes, nous parlent de *vindicare*, de *rei vindicatio*, on est autorisé à croire qu'ils ont entendu dire ce qu'ils ont dit. Quant aux textes où l'on a cru voir des ex-

28. L. 7, D. *De lege commissoria*, 18, 3 : *Post diem commissoriæ legi præstitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriæ renunciatum videtur, nec variare et ad eam revertere potest.*

29. Voyez Schulin, *Resolutiv.*, p. 152 et les citations. — Ces explications ne méritant point de réfutation, nous ne nous y arrêterons pas.

30. *Cours de droit romain*, § 334 note 26. — Czyhlarz, *op. cit.* p. 54 et s.

31 Bufnoir, *Condition*, p. 164. M. Glasson, *op. cit.* Revue critique, t. XXXV, p. 464, note *in fine*. Ces auteurs suivent en somme le système de Pellat : le retour de plein droit serait une doctrine particulière à Ulpien. Voyez aussi dans le même sens la thèse de Doctorat de notre éminent collègue M. Thaller. *Doctrines particulières au jurisconsulte Ulpien*, p. 106.

emples du mot *vindicare* employé dans un sens vague de réclamer la chose, ils ne sont rien moins que probants [32].

On n'aurait jamais songé d'ailleurs à cette interprétation étrangement forcée [33], si l'on n'avait pas cru qu'on serait obligé, si on ne réussissait pas à les écarter à tout prix, d'admettre qu'ils consacrent le retour de plein droit de la propriété, doctrine que l'on reconnaissait insoutenable pour l'époque classique (sauf bien entendu les doctrines fantaisistes que l'on prêtait à Ulpien).

On voit qu'ils s'expliquent d'une manière beaucoup plus simple.

348. — Avant d'abandonner la *lex commissoria*, il convient d'étudier un texte d'Ulpien, que l'on a parfois [34] invoqué à l'appui de sa prétendue doctrine du retour de plein droit :

32. Ainsi, par exemple, dans la loi 31, § 1 D. *De don.* 39, 5, citée par Maynz *loc. cit.*, *vindicare* est bien réellement employé dans son sens technique. Papinien y déclare que la mère donatrice ne peut revendiquer les objets donnés pour l'usage de sa fille : *cum nec ab usu proprietas separatur*, c'est-à-dire, comme l'explique très exactement Cujas (*Respons. Pap. ad h. l.* lettre D.) qu'il y a eu, non pas un simple prêt à usage, mais un transport de propriété, ce qui exclut la revendication. — On a invoqué avec aussi peu d'à-propos la L. 6, D. *De injuriis*, 47, 10, où Paul parlant d'une espèce d'injure prévue par un sénatusconsulte dit : *voluit senatus publica quæstione rem vindicari ;* où *vindicari rem* signifie non pas « que la chose fût *réclamée* » mais bien « que cette injure fût *vengée* ». — Tout aussi malheureuse est la citation de L. 12, C. *Com. ut. jud.*, 3, 38, où le mot *vindicare* a parfaitement son sens technique, puisque l'empereur, en interdisant aux enfants de revendiquer dans certains cas les donations *propter nuptias* ou les dots qui leur ont été données, ajoute : que ces biens sont devenus la propriété du père, (*sed quasi paternæ facta substantiæ*). — Enfin la l. 17 C. *De fide instrument.* 4, 21, décidant que les actes dans lesquels les parties ont eu l'intention de rédiger un écrit, ne sont parfaits qu'après la rédaction de cet écrit, ajoute que les parties ne peuvent auparavant « *aliquod jus ex contractu vindicare* » réclamer aucun droit en vertu de ce contrat. — Il n'est donc pas question de *vindicare rem*. Au surplus les expressions diffuses et vagues du latin de la chancellerie byzantine, ne peuvent évidemment pas autoriser à attribuer les mêmes défauts à des textes de la belle époque.

33. M Bufnoir (p. 160) après avoir cité ces textes dit : « En toute discussion il faut être sincère, et en toute sincérité j'avoue que ces documents sont embarrassants et de nature à faire grandement hésiter. » Le même auteur reconnaît (p. 167) avoir proposé pour les textes qui précèdent « *des explications qui s'éloignent un peu de leur sens apparent.* » *Un peu...* est-ce assez dire ? Le lecteur appréciera.

34. Bufnoir, p. 152. — Pellat, p. 282, note 1, s'abstient de l'invoquer parce qu'il reconnaît qu'on peut l'interpréter autrement.

L. 13, D. *De pigneraticia actione*, 13, 7 :

Si, quum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus, et est rescriptum, ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorem agere.

Dans un autre texte (L. 7, pr. § 1, D. *De dist. pign.*, 20, 5) Marcien, citant aussi Julien, permet au débiteur de se faire céder l'action *venditi* du créancier vendeur, lorsque ce dernier a inséré dans la vente, à son propre profit, un pacte de réméré. Il permet aussi au débiteur de faire rescinder la vente en remboursant l'acquéreur, si le créancier a stipulé cette faculté pour son débiteur, mais sans désigner l'action que ce dernier emploiera à cet effet. Ulpien, dans la L. 13 ci-dessus transcrite, nous apprend que dans ce cas Julien et des rescrits impériaux autorisaient le débiteur à se faire céder l'action du créancier.

Mais il ajoute, et c'est là le point important, que le débiteur lui-même pourra intenter directement contre l'acheteur la revendication ou une action *in factum*. Cette revendication implique, a-t-on dit, qu'Ulpien admettait le retour de plein droit de la propriété.

Oui!... à la condition qu'elle ne puisse pas s'expliquer autrement. Mais, entre les explications plausibles, il n'y a que l'embarras du choix.

Aussi, même parmi les partisans du retour de plein droit, plusieurs reconnaissent que ce texte doit être écarté du débat [35].

1° On peut d'abord remarquer qu'il est assez sin-

35. Pellat, p. 282, note 1. — Thaller *op. cit.* n° 42. p. 117 et s.

gulier de voir Ulpien, après avoir donné sans hésitation la revendication au débiteur, ajouter : ou une action *in factum*. Rien ne peut être plus avantageux que la revendication, pourquoi alors inventer une action *in factum* que le préteur devra construire de toutes pièces ?

N'est-il pas vraisemblable qu'Ulpien en donnant deux actions profondément différentes, avait en vue, non pas un seul et même cas, mais que chacune de ces deux actions s'appliquait à une hypothèse différente ?

Dès lors on peut supposer qu'Ulpien avait écrit : « *Sed et ipse debitor poterit rem vindicare*, SI MANCIPI SIT, *aut in factum actione adversus emptorem agere*, SI NEC MANCIPI.

Si le texte était primitivement conçu ainsi, il n'est pas douteux que les compilateurs se seront empressés de biffer les mots en petites capitales, en partant de l'idée qu'il n'y a plus de distinction entre les *res mancipi et nec*.

D'ailleurs, si la chose était *mancipi*, on comprend fort bien que le créancier, qui peut seulement en faire tradition mais non la manciper, n'en ait pas transmis la propriété quiritaire, restée dès lors aux mains du débiteur. Ce dernier pourra donc revendiquer, et avec succès, car si l'acquéreur lui oppose l'exception : « *si non creditor vendiderit* » il la brisera par la réplique de dol, en invoquant la clause résolutoire.

Cette explication nous paraît la plus vraisemblable[36].

Cependant comme nous avons toujours évité autant que possible de corriger les textes, comme d'ailleurs la correction des compilateurs, si vraisemblable qu'elle soit, n'est pas rigoureusement démontrée, nous ne nous contenterons pas de cette explication.

36. En ce sens Pothier, Pand., 13, 7, N° XXII note *d*.

2° M. Thaller (*op. et loc. cit.*) a proposé une autre explication, à laquelle nous aurions été tout d'abord d'autant plus disposés à nous rallier que nous y étions arrivés séparément.

Dans l'espèce prévue par le jurisconsulte, le créancier stipule pour autrui ; or cela ne peut être valable que s'il y a quelque intérêt [37]. Cette considération porte à croire que le créancier, (pour ne pas perdre peut-être une occasion favorable) a vendu le gage avant l'échéance de la dette, c'est-à-dire à une époque où il n'était pas encore en droit d'en disposer. Dès lors, il a le plus grand intérêt à ce que son acheteur, observant le pacte qu'il a eu soin d'insérer dans la vente, rende la chose au propriétaire, contre remboursement. S'il s'y refusait, le débiteur, qui offre de payer, pourrait par l'action *pigneraticia* poursuivre le créancier en restitution du gage. Si la vente avait eu lieu après l'échéance de la dette, cet intérêt du créancier, qui valide sa stipulation pour autrui, ferait entièrement défaut.

Dans ces conditions la revendication du débiteur se conçoit puisque le gage n'a pas été aliéné valablement, le créancier l'ayant vendu alors qu'il n'en avait pas encore le droit.

Ce qui nous empêche d'adopter cette ingénieuse explication, c'est qu'il est difficile d'admettre que le texte ait passé sous silence une circonstance aussi importante que la vente du gage avant l'échéance.

D'ailleurs rien dans les textes ne révèle l'existence d'un intérêt quelconque pour le créancier, et si cet intérêt avait existé, les jurisconsultes l'auraient sans aucun doute signalé pour montrer qu'on ne faisait pas brèche à la règle qui annule les stipulations pour autrui.

37. Inst. III, 19, §§ 19 et 20.

3° Il n'y a plus qu'une hypothèse possible : l'opinion de Julien, confirmée par des rescrits, est une solution *humanior* ; par des considérations d'humanité, en faveur du débiteur, on a ici fait exception au principe : *alii stipulare nemo potest.*

Reste à expliquer pourquoi Ulpien, outre l'action *venditi* que le créancier lui cédera, donne directement au débiteur soit la revendidication, soit l'action *in factum*. A notre gré en voici la raison :

On peut interpréter de deux façons l'intention du créancier qui insère la clause : « *ut liceret debitori recipere rem suam* » :

1° Autorisé à aliéner, peut-être entend-il n'user de ce pouvoir qu'à l'expiration du délai qu'il accorde ainsi indirectement au débiteur, et pour le cas seulement où ce débiteur n'indemniserait pas l'acheteur. Si on l'entend ainsi, le débiteur aura la revendication sans difficulté ;

2° On peut aussi penser que le créancier a entendu aliéner immédiatement, tout en réservant au débiteur le droit de se faire rendre l'objet : dans ce cas, en dehors de l'action *venditi* qu'il pourra céder au débiteur, ce dernier ne pourra intenter qu'une action personnelle, *in factum* [38].

38. Schulin (p, 114) dit : La vente peut avoir été conçue soit ainsi : Je vous vends à la condition que dans tel délai le débiteur ne vous aura pas remboursé le prix (condition supensive) — ou bien : Je vous vends, mais vous serez obligé de rendre la chose au débiteur si dans tel délai, etc... — Schulin propose encore une autre explication : par *vindicare* Ulpien aurait entendu intenter la Publicienne, qui réussira parce que le débiteur brisera par la réplique de dol l'exception *justi dominii* qui lui serait opposée. Ulpien aurait plutôt dit alors : *in rem actione uti*. Gardons-nous d'étendre abusivement les applications de la Publicienne ; elles sont assez larges déjà, et Schulin a nui, selon nous, à son excellent système en lui donnant, très rarement d'ailleurs, une portée excessive. — Signalons pour mémoire l'explication de Riesser, rapportée par von Vangerow, *Lehrbuch*. t. I. p. 154, f, suivant laquelle notre loi supposerait, non la vente de la chose engagée, mais la vente du droit de gage. S'il en était ainsi, dit avec raison M. Bufnoir, p. 154 note, il ne serait pas besoin d'une convention pour réserver au débiteur le droit de recouvrer sa chose, et cette récupération s'opérerait par le payement de la dette, non par le remboursement du prix, comme le dit le texte.

CHAPITRE XXVI

De l'addictio in diem.

349. Définition de l'*addictio in diem*. Les uns y voyaient une condition suspensive, les autres l'interprétaient de préférence comme une clause résolutoire. — 350. Intérêts qu'il y a à donner l'une ou l'autre interprétation. — Parmi ces intérêts les textes ne signalent pas de différence au point de vue du transfert de propriété. N'y aurait-il point d'intérêt à ce point de vue ? — 351. Si, lorsqu'on considère la clause comme résolutoire, la propriété est transmise, on ne comprend pas que tout le monde ne l'ait point interprétée comme condition suspensive, ce qui évite des inconvénients très graves. Serait-ce parce que la propriété n'est transmise dans aucun cas, ce que plusieurs textes décident d'ailleurs ? — 352. Examen de ces textes : L. 38, D. *Ad leg. Fal.* 35, 2 ; L. 1, D. *De in diem.*, 18, 2 ; L. 11 pr., L. 15, D. *eod.*, etc. — 353. D'autres textes prouvent que réciproquement l'acheteur ne devient jamais propriétaire avant l'expiration du délai : L. 11, § 10, § 12 D. *Quod vi aut clam*, 43, 24. — 354. Explication de la L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2, qui paraît contraire à cette idée. Il semble bien que l'acheteur soit propriétaire, puisque, (premier argument) il peut hypothéquer, et que (deuxième argument) le texte l'appelle *dominus*. — 355. A. Supposons la chose vendue *res mancipi* comme dans la L. 4, § 3, D. 18, 2. Réfutation du premier argument. Dans ce cas la chose sera livrée mais non mancipée, car l'acheteur n'a aucun intérêt légitime à exiger la mancipation, il a la Publicienne contre tous, même contre le vendeur, il est propriétaire prétorien. — 356. Il peut même, tant que la vente n'est pas résolue, constituer des droits réels opposables à son vendeur, ses ayants-cause pouvant opposer à la revendication du vendeur l'exception *rei venditæ et traditæ* qui compète à leur auteur. — 357. Mais après la résolution de la vente, ni l'acheteur ni ses ayants-cause ne peuvent plus opposer cette exception au vendeur resté propriétaire quiritaire. Ainsi s'explique tout naturellement le « *finiri pignus* » de Marcellus. — 358. Réfutation du deuxième argument. Ulpien, d'autres jurisconsultes encore, n'hésitent pas à appeler *dominus* un propriétaire prétorien. Or, protégé à l'égard de tous par la Publicienne et par l'exception *rei venditæ et traditæ*, l'acheteur est en effet, tant que la vente n'est pas

résolue, un propriétaire prétorien. La vente résolue, la Publicienne et l'exception *rei venditæ* lui échappent, il cesse donc d'être propriétaire prétorien. — 359. Explication de la L. 9. D. *De aqua et aquæ*, 39, 3. — 360. B. Supposons maintenant que la chose vendue soit *nec mancipi*. Si l'on admet que le vendeur n'a pas transféré la propriété, on explique facilement que l'hypothèque constituée par l'acheteur s'éteigne à l'arrivée de la condition résolutoire, car les ayants-cause de l'acheteur perdent alors l'exception *rei venditæ* qu'ils avaient contre la revendication du vendeur. — 361. Preuves à l'appui de l'idée que le vendeur n'a pas perdu la propriété. Motif : dans l'*addictio in diem* le prix n'est jamais payé, au moins intégralement, avant l'expiration du délai, et l'on ne peut ici supposer un seul instant que le vendeur, en donnant un terme pour le paiement, ait entendu renoncer à la garantie de la propriété conservée. Preuves. — 362. Dans le cas du *pactum displicentiæ*, (vente à l'essai) la propriété quiritaire n'est pas transférée non plus, parce que le prix n'est jamais payé avant que l'acheteur n'ait été satisfait de l'essai. — Si dans ce cas l'hypothèque constituée par l'acheteur ne s'éteint pas, c'est que la vente ne peut alors être résolue. — 363. Résumé des effets de la condition résolutoire dans les transferts de propriété pour les cas de vente. La condition opère sur le droit à la Publicienne, c'est-à-dire sur la propriété prétorienne, et non pas sur la revendication, c'est-à-dire sur la propriété civile — 364. La théorie exposée ci-dessus aboutit à des résultats analogues à ceux de la doctrine du retour de plein droit de la propriété, au point de vue de l'intérêt du vendeur, mais en respectant beaucoup mieux que cette doctrine les intérêts des tiers, qui doivent exiger la preuve que leur auteur a payé son prix ; alors ils ont pleine sécurité. — 365. Dans les donations au contraire, les tiers acquéreurs à titre onéreux et de bonne foi sont toujours en sécurité. — 366. Sans leur nuire. on peut donner au donateur la Publicienne ; elle ne le fait préférer qu'aux créanciers et aux acquéreurs à titre gratuit du donataire, ce qui est juste. A cela se réduit l'innovation d'Ulpien, justifiée par des précédents et constituant une *évolution*, mais non pas une *révolution*.

349. — L'idée fondamentale qui va être exposée dans cette Section est empruntée à Schulin [1] ; mais nous avons cru devoir la présenter autrement que lui et l'appuyer sur d'autres preuves, sans négliger pourtant celles qu'il a présentées et dont la valeur nous paraît incontestable.

L'*in diem addictio* est un pacte, joint à la vente, par lequel il est convenu que si, dans un certain délai, le vendeur agrée de meilleures conditions offertes par une autre personne, c'est à cette dernière que la chose sera définitivement *adjugée* (*addicere*).

Cette clause peut être interprétée comme une condition suspensive ou comme une condition résolutoire de la première vente.

1. Schulin, *Resolutiv.*, p. 158-179.

La chose est pour ainsi dire mise aux enchères, mais il n'y a en principe que deux enchérisseurs [1 bis].

Lorsque le deuxième acheteur surenchérit sur le premier, cette surenchère, agréée par le vendeur, fait-elle défaillir une condition suspensive dont le premier marché était affecté, ou bien au contraire constitue-t-elle l'accomplissement de la condition à laquelle était subordonnée la résolution du contrat conclu avec le premier acheteur ?

Les jurisconsultes romains s'étaient divisés sur ce point ; on pouvait, paraît-il, interpréter de deux façons la clause dont Paul, L. 1, D. *De in diem*, 18, 2 nous révèle la formule habituelle :

In diem addictio ita fit : « *ille fundus centum esto tibi emptus nisi si quis intra kalendas januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.* »

Nous avons dit que deux interprétations étaient possibles. Ulpien le constate, et décide qu'il faut rechercher l'intention des parties [2].

Quelques jurisconsultes considéraient toujours cette vente comme faite sous condition suspensive, ainsi que nous l'apprend Paul [2 bis]. Sabinus était probablement de cet avis, puisqu'il donnait une solution analogue dans le cas de *lex commissoria* [3].

Julien, au contraire, et Paul qui adopte nettement

1 *bis*. Le premier acheteur pourrait d'ailleurs couvrir l'enchère du second et ainsi de suite, L. 6, L. 7, L. 8, D. *De in diem*, 18, 2. Il pourrait y avoir plus de deux enchérisseurs si la seconde vente était faite, elle aussi, avec la clause de l'*in diem additio*, L. 11. D. *eod.*

2. L. 2, pr. D. *eod.* : *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emptio ? Et mihi videtur verius interesse quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emptio quæ sub conditione resolvitur : sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio nisi melior conditio afferatur, erit emptio conditionalis.*

2 *bis*. L. 2, § 4. D. *Pro emptore*, 41, 4.

3. L. 2 § 3 *eod.*

sa doctrine, voyaient toujours dans l'*addictio in diem* une condition résolutoire. Il est probable que, dans le doute, Ulpien se rangeait au même sentiment, puisque nous l'avons vu dans la L. 41, D. *De reiv.* 6, 1, donner l'*actio in rem*, c'est-à-dire la Publicienne, à l'acheteur, ce qui ne serait pas possible si la vente était affectée d'une condition suspensive [3 bis].

350 — Quels étaient les intérêts pratiques de la question de savoir si la vente était affectée d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire ?

Ulpien, L. 2, § 1 D. *De in diem ad.*, 18, 2, nous en signale trois :

Si la vente est faite sous condition résolutoire, l'acheteur usucape [4], il fait les fruits siens [5], enfin la chose est, *en fait*, à ses risques, car personne n'offrira des conditions plus avantageuses pour une chose périe ou détériorée, par conséquent la vente ne pourra être résolue [5 bis].

Au contraire, si la clause s'interprétait comme condition suspensive, l'acheteur n'ayant pas encore de titre ne pourrait usucaper, ne ferait pas les fruits siens, et la chose serait aux risques du vendeur [6], du moins quant à la perte totale : la chose périe, la vente ne pourrait plus se former à l'arrivée de la condition [6 bis].

Comment se fait-il que, dans cette énumération, on ne rencontre pas un intérêt pourtant capital, et qui

3 *bis*. Voyez plus haut, Chap. IX.

4. S'il usucape, il a nécessairement la Publicienne. De même dans la vente *sub lege commissoria*, L. 2, § 3, D. *Pro emptore*, 41, 4. Or, nous savons que dans ce cas le vendeur n'a pas suivi la foi de l'acheteur. Ceci confirme ce que nous avons dit au Chapitre XII : pour usucaper il n'est pas nécessaire d'avoir payé son prix.

5. Sauf l'obligation de les rendre si la vente est résolue : L. 6, pr. D. *De in diem*, 18, 2.

5 *bis*. L. 3, D. *De in diem*, 18, 2.

6. L. 4, pr. D. *De in diem*, 18, 2. — L. 8, D. *De periculo*, 18, 6.

6 *bis*. La condition est ici négative : « si un autre acheteur *n'offre pas* de meilleures conditions dans un certain délai. »

semblerait devoir primer tous les autres, le transfert de propriété ?

Quand on est sous l'empire des idées généralement enseignées aujourd'hui en France sur la condition en matière de propriété, il semble évident que si la vente est faite sous condition suspensive, la tradition n'en transfère pas encore la propriété à l'acheteur, qui devient au contraire immédiatement propriétaire s'il s'agit d'une vente pure, mais résoluble sous condition.

Pas un mot dans les textes sur cet intérêt pourtant essentiel ! On s'occupe de questions bien accessoires à côté de celle-là, on prévoit jusqu'à la perte de la chose, et l'on ne nous dit point que dans un cas l'acheteur est propriétaire, que dans l'autre il ne l'est pas !

Singulière lacune dans une énumération qui prévoit jusqu'à des hypothèses exceptionnelles ! Est-ce que, par hasard, cet intérêt n'existerait point ? Les Romains l'auraient-ils passé sous silence tout simplement parce que, *dans aucun cas,* la propriété ne passe à l'acheteur avant l'expiration du délai fixé pour l'offre et l'agrément de conditions meilleures ?

Telle est la question que nous allons examiner.

351. — Depuis longtemps les partisans du retour de plein droit ont fait remarquer avec beaucoup de raison « que l'hypothèse de l'*addictio in diem* était celle où pratiquement le besoin de donner à la clause qui accompagnait le transport de la propriété des effets réels se faisait le plus vivement sentir. » Sans cela en effet, le vendeur n'eût jamais été sûr d'arriver au but qu'il s'était proposé, car comment trouver un acheteur à meilleures conditions, si ce nouvel acheteur court le risque de se voir opposer les droits réels constitués sur la chose par le premier acheteur [7] ?

7. Sic Fitting, *Goldschmidt's Zeitschrift*, t. II, p. 263 et s., cité par Bufnoir p. 168, note 1.

Parmi ces périls, le plus redoutable de tous, parce qu'il est occulte, c'est l'hypothèque consentie par le premier acheteur. Le simple pacte suffit pour la constituer sans aucune publicité. Dans ces conditions, la situation du second acheteur ne présentera aucune sécurité !

Pourtant il y avait un moyen bien simple d'éviter tous ces dangers, c'était d'interpréter la clause comme condition suspensive. Plusieurs Prudents l'avaient fait ; Ulpien se décidait dans un sens ou dans l'autre suivant que les circonstances faisaient présumer chez les parties l'une ou l'autre intention ; Paul, au contraire, interprétait toujours cette clause comme condition résolutoire.

Pourquoi tout le monde ne s'accordait-il pas à donner une interprétation qui avait pour le succès de l'opération une importance si considérable ?

Si l'on admet que la propriété est transmise quand on interprète la clause comme condition résolutoire, on ne comprend plus que Julien et Paul aient tenu à donner cette interprétation si pleine d'inconvénients et de dangers !

Serait-ce par hasard que ces dangers sont imaginaires, et n'existent pas plus dans le cas de condition résolutoire que dans celui de condition suspensive, et cela tout simplement parce que la propriété n'a été transmise dans aucun cas ?

On est vraiment tenté de le croire quand on consulte les textes : les uns proclament directement, les autres décident implicitement *que le vendeur*, *jusqu'à l'expiration du délai*, *reste propriétaire*, et leur témoignage multiplié, concordant, loin d'être affaibli par les textes qu'on invoque en sens opposé, et qui s'expliquent de la manière la plus simple, en reçoit au contraire une confirmation indirecte mais décisive.

352. — Voici les textes qui prouvent que la propriété reste au vendeur dans tous les cas :

1° C'est d'abord la L. 38 § 2, D. *Ad legem Falcidiam*, 35, 2, expliquée au chapitre précédent, n° 344, dans laquelle Hermogénien décide, sans aucune distinction entre la condition suspensive et la condition résolutoire, que l'esclave vendu avec la clause d'*addictio in diem* doit être compté au nombre des esclaves du vendeur, ce qui démontre catégoriquement qu'il en est dans tous les cas demeuré propriétaire. Hermogénien étant le dernier en date des grands jurisconsultes, sa solution doit être considérée comme la décision définitive du droit romain sur la question.

2° C'est ensuite la formule consacrée par l'usage pour énoncer la clause de l'*addictio in diem*, formule qui nous est rapportée par Paul dans la L. 1, D. *De in diem*, 18, 2 :

In diem addictio ita fit : « *Nisi si quis intra kalendas januarias proximas meliorem fecerit conditionem*, QUO RES A DOMINO ABEAT. » Traduisons littéralement :

« A moins qu'avant les calendes de janvier prochaines, quelqu'un n'offre des conditions meilleures, de façon *que la chose quitte son propriétaire*. »

Les expressions : *quo res a domino abeat*, prises dans leur sens naturel, désignent le vendeur et ne peuvent désigner que lui.

A la vérité on a soutenu sur ces points les opinions les plus variées [8].

Les uns disent que la formule ne s'applique qu'à la vente sous condition résolutoire; alors *dominus* désigne l'acheteur et par l'effet de l'offre supérieure, la propriété s'échappera de ses mains, en d'autres termes, reviendra *ipso jure* au vendeur.

8. Voyez les auteurs cités par Schulin, *Resolutiv.*, note 210.

Mais alors comment se fait-il que plusieurs jurisconsultes interprétaient la clause comme condition suspensive, et qu'Ulpien lui-même distingue suivant l'intention des parties ? Si *dominus* désignait l'acheteur, il n'y aurait pas eu de discussion possible.

Pour les autres, la formule ne s'applique qu'au cas de condition suspensive, et alors *dominus* c'est le vendeur : la propriété, qui n'a pas été acquise au premier acheteur, passe du vendeur au second acheteur par suite de la surenchère.

Mais cette interprétation est encore plus inadmissible que la précédente. Comment Paul pourrait-il nous donner une formule d'*addictio* qui ne convient qu'au cas de *condition* suspensive, lui qui l'interprète toujours comme condition résolutoire (L. 2, § 4 D. *Pro empt.* 41, 4) !

Enfin, en désespoir de cause, quelques auteurs ont admis que *dominus* signifiait le vendeur si l'intention des parties avait été d'insérer une condition suspensive, et s'appliquait à l'acheteur lorsqu'elles avaient entendu vendre et acheter sous condition résolutoire, interprétation évidemment forcée ; *dominus* doit nécessairement désigner toujours la même personne dans la même formule.

Eh bien, cette personne, c'est le vendeur, même dans le cas de condition résolutoire, car nous voyons Julien, (qui interprète toujours l'*addictio in diem* comme clause résolutoire, L. 2, § 4, D. *Pro emptore*, 41, 4) voulant exprimer exactement la même idée que celle que Paul énonce par la phrase : « *quo res a domino abeat* » employer les expressions significatives : « *dum res a venditore discedat* [9] ». Les mots « *a venditore discedat* » semblent calqués sur ceux de la formule de

9. L. 11, pr. D. *De in diem*, 18, 2.

notre clause, et en constituent évidemment le meilleur commentaire.

La L. 15 pr. D. au même titre (Pomponius) nous offre aussi un rapprochement significatif. Pomponius y parle de « *melior conditio quæ* DOMINO *placeat* », et, de l'aveu de tous, par *dominus* il entend ici le vendeur.

Donc les mots « *quo res a domino abeat* » désignent le vendeur et signifient : « des conditions telles, *qu'elles obtiennent du vendeur l'aliénation de la chose.* »

S'il en était autrement, la formule classique reproduite par Paul omettrait d'ailleurs un élément essentiel de la clause. Il ne suffit pas, pour que le second acheteur l'emporte, qu'il offre de meilleures conditions, il faut encore qu'elles soient agréées par le vendeur: « *dum res a venditore discedat* » (Julien) ; — « *quæ domino placeat* » (Pomponius) ; — « *quam venditor comprobavit* » (Paul) [10].

Ainsi la formule montre que le vendeur restait *dominus*, propriétaire, pendant la durée du délai. Cela n'empêche pas la clause de pouvoir être interprétée de deux façons ; soit comme condition suspensive, soit comme condition résolutoire, ainsi qu'on le verra ; c'est bien à ce résultat qu'il faut arriver, puisqu'il y a eu discussion entre les jurisconsultes sur cette interprétation.

10. L. 11, pr. L. 15, L. 14, § 2, D. *De in diem*, 18, 2. Schulin (p. 162) cite à ce propos un intéressant passage de Plaute, *Captive*, Acte I, scène 2, vers 76 et s. On y trouve une formule d'*addictio in diem* qui devait être fort usitée, sans quoi la plaisanterie n'aurait eu aucun sel. Hégio invite le parasite Ergasilus à dîner :

« *Age sis : rogo emptum?* » (Allons viens, je t'achète.)

Ergasilus répond :

Nisi qui meliorem adferet quæ mî atque amicis placeat conditio magis,
Quasi fundum vendam, meis me addicam legibus.

La formule exprime bien par les mots « *quæ mihi placeat* », l'élément essentiel de l'*addictio in diem*, c'est-à-dire la nécessité de l'*acceptation* par le vendeur de l'offre supérieure. Ces vers ont dû être calqués sur la formule usuelle, donc elle contenait cet élément; dans celle de Paul il est renfermé dans les mots : *quo res a domino abeat*.

353. — D'autres textes, formant pour ainsi dire la contre-épreuve, nous montrent que, réciproquement, l'acheteur n'est pas devenu propriétaire avant l'expiration du délai.

Dans la L. 11, § 10, D. *Quod vi aut clam*, 43, 24, Julien, qui on le sait considère toujours l'*addictio in diem* comme une condition résolutoire, attribue à l'acheteur, après la tradition reçue, l'interdit *Quod vi aut clam*, et se fonde sur ce que, jusqu'au moment où la vente est résolue, tout le « *commodum* », c'est-à-dire les avantages de la propriété, doivent être concédés à l'acheteur. Encore semble-t-il bien ne lui donner cet interdit que comme action utile [11], *utilitatis causa.*

Or, si l'acheteur était propriétaire, il ne serait pas nécessaire de s'appuyer sur ce qu'il doit avoir les avantages du temps intermédiaire ; il n'y aurait pas à faire remarquer que l'interdit peut appartenir, non seulement au propriétaire, mais encore à d'autres intéressés !

En vérité il n'y aurait pas de question ! Cassius n'aurait pu sérieusement enseigner une doctrine contraire à celle de Julien [12]. S'il y a quelqu'un à qui, sans le moindre doute, l'interdit, l'interdit *direct*, et non pas seulement *utile*, doive compéter, c'est le propriétaire lui-même à raison des ouvrages faits sur la chose dont il est, remarquez-le bien, en possession !

Allons plus loin ; voyons à qui compétera l'interdit après la condition résolutoire arrivée ?

11. *Si fundus in diem addictus sit, cui competat interdictum ?* (quelle question si le vendeur s'était dépouillé de la propriété !! ce serait une *quæstio domitiana*). *Et ait Julianus Interdictum quod vi aut clam ei competere cujus interfuit, opus non fieri*. (Julien, en effet, § 14 même loi, nous dit : *Interdictum hoc non solum domino prædii, sed etiam his quorum interest opus factum non esse, competere*). *Fundo enim in diem addicto, et commodum et incommodum omne ad emptorem, inquit, pertinet, antequam venditio transferatur, et ideo si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior conditio allata fuerit, ipse* UTILE *Interdictum habebit, sed eam actionem, sicut fructus medio tempore perceptos, venditi judicio præstare cogendum ait.*

12. Voyez la note suivante.

Les textes répondent : au vendeur[12 bis]. Or, comment le vendeur pourrait-il avoir cet interdit, lui qui n'est pas encore remis en possession, s'il n'était pas propriétaire à cette époque? Si c'était l'acheteur, c'est à lui que l'interdit compéterait, sauf l'obligation de le céder au vendeur, ou de lui remettre le montant des dommages-intérêts obtenus, absolument comme lorsque le trouble a eu lieu depuis la vente mais avant la tradition dans le cas d'une vente ordinaire, sans *addictio*. Dans ce cas le vendeur, en livrant l'immeuble, doit aussi céder à l'acheteur les actions qu'il a pu acquérir à raison de cet immeuble[13]. Dans cette hypothèse d'une vente pure et simple, avant la tradition c'est le vendeur qui a l'interdit, parce qu'il est encore propriétaire et possesseur, mais il doit le céder à l'acheteur.

De même, dans le cas d'*addictio*, si, après la résolution, l'acheteur était propriétaire, il faudrait dire que l'interdit lui compète, sauf l'obligation de le céder au vendeur en lui rendant la chose. Le texte nous dit au contraire qu'il n'y a point de difficulté sur ce point et que l'interdit compète de plein droit au vendeur.

On dira peut-être que cela s'explique dans le système qu'on a gratuitement attribué à Ulpien, par la raison que la propriété est revenue de plein droit au vendeur !

Mais qu'on y prenne garde : Ulpien ne donne pas seulement son avis, il affirme de plus que ce serait aussi sans nul doute celui de Julien (*nec Julianus dubitaret*), que Julien serait sur ce point d'accord avec Cassius, en telle sorte qu'il faudrait aussi compter Julien (!) et Cassius (!!) parmi les partisans du retour de plein droit,

12 *bis*. L. 11, § 12, *in fine eod. : Plane si postea quam melior conditio allata est, aliquid operis vi aut clam factum sit, nec Julianus dubitaret, Interdictum venditori competere. Nam inter Cassium et Julianum de illo quod medio tempore accidit, quæstio est, non de eo opere quod postea contigit.*

13. L. 35, § 4, D. *De cont. empt.* 18, 1. — L. 11, §§ 8, 9, D. *Quod vi aut clam*, 43, 24.

ce que personne n'a jamais soutenu, bien au contraire [13 bis].

Ainsi, et sauf à expliquer ultérieurement ce résultat, des textes nombreux, émanés de Julien, de Paul, d'Hermogénien, et même, notons-le avec soin, *des textes d'Ulpien*, donnent pour l'*addictio in diem* une solution analogue à celle que nous avons déjà constatée dans le cas de *lex commissoria :*

La propriété reste sur la tête du vendeur pendant toute la durée de l'intervalle entre la première et la seconde vente. Même après qu'il a accepté les offres du second acheteur, il reste propriétaire jusqu'au jour où il lui aura transféré cette propriété.

354. — Il y a pourtant un fragment d'Ulpien qui semble à première vue en désaccord complet avec le témoignage des textes précédents, c'est la fameuse L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2, dont la solution est reproduite dans des termes un peu différents par la L. 3, D. *Quib. modis pignus*, 20, 6 :

L. 4, D. *De in diem*, 18, 2 : *Ulpianus lib. 28 ad Sabinum :*

..... § 3. *Sed et Marcellus, libro quinto Digestorum scribit : pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret.*

L. 3, *D. Quib. mod. pign.* 20, 6 :

Si res distracta fuerit sic : « nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset » fueritque tradita, et forte emptor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit

13 *bis*. Bufnoir, p. 165.

allata, quanquam ubi sic res distracta est « nisi emptori displicuisset » pignus finiri non putet.

Le premier de ces textes est le plus important des deux; Ulpien y cite textuellement une hypothèse prévue par Marcellus et la décision de ce jurisconsulte : « *Marcellus scribit*; » il l'avait par conséquent sous les yeux.

Dans le second fragment au contraire, Ulpien à la vérité allègue aussi la même décision de Marcellus, mais il n'en a plus le texte sous les yeux, il cite de mémoire, car il modifie quelque peu les données de l'espèce.

Marcellus prévoyait le cas de vente d'un immeuble (*fundus*), par conséquent d'une *res mancipi*, et supposait que, d'après les termes exprès de l'acte, l'*addictio* y constituait une condition résolutoire (*pure vendito et in diem addicto fundo*).

Dans la L. 3 au contraire, Ulpien, qui n'a plus présents à l'esprit les termes précis de l'hypothèse prévue par Marcellus, suppose d'une manière générale qu'une chose quelconque « *res* » [13 ter] a été vendue, et d'autre part — sans qu'il ait à coup sûr l'intention de supposer que la clause a été insérée sous condition suspensive — la forme qu'il lui donne : *res distracta... sic : « nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset »* ne fait plus ressortir avec évidence le caractère résolutoire que présentait nettement la clause dans l'espèce prévue par Marcellus.

Ces remarques préalables faites, occupons-nous du premier texte, celui qui serre de plus près la décision de Marcellus.

13 *ter*. A moins qu'Ulpien n'ait écrit : « *res mancipi* » ce dernier mot ayant été naturellement supprimé par les compilateurs. A l'appui de cette supposition on pourrait invoquer la suite du texte, où Ulpien ajoute : *fueritque tradita* : livrée, mais non mancipée. Mais cette conjecture, dont on ne peut démontrer l'exactitude, n'est nullement nécessaire à l'explication du texte.

Au premier abord ce fragment semble démontrer d'une manière irréfragable : 1° que l'acheteur était propriétaire *medio tempore ;* 2° que la propriété revient de plein droit au vendeur après la condition résolutoire accomplie.

Si le fragment est embarrassant, ce n'est pas en ce qu'il décide que le vendeur est propriétaire et que l'acheteur ne l'est pas, une fois la vente résolue ; s'il se bornait à cette affirmation, ce passage ne contredirait en aucune façon les textes précédents, d'après lesquels en effet, après comme avant la *melior conditio allata*, le vendeur reste propriétaire.

Mais il semble les contredire nettement en ce qu'il considère l'*acheteur* comme ayant été *medio tempore* propriétaire.

Et cela, il le décide deux fois :

1° En disant : « *finiri pignus.* » Le droit de gage ou d'hypothèque constitué par l'acheteur *s'éteint ;* pour s'éteindre, il faut avoir existé ; il faut donc que cet acheteur ait pu le constituer valablement, autrement dit : qu'il ait été propriétaire. Cette déduction est d'ailleurs confirmée de la manière la plus claire par la suite du texte, où Ulpien nous dit que s'il en était autrement le gage aurait été nul dès l'origine : « *alioquin nec pignus teneret.* »

2° La suite du texte donne même expressément à l'acheteur la qualité de *dominus* : « *Ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus esset* ».

Nous espérons n'avoir pas affaibli la force de ces arguments. Reprenons-les successivement.

355. — Nous diviserons cette discussion en deux parties.

Dans la première, désignée par la lettre A), nous nous tiendrons exclusivement sur le terrain de la L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2. — Avec Marcellus, nous sup-

poserons que l'objet vendu est un *fundus*, par conséquent une *res mancipi*.

Dans une seconde partie, désignée par la lettre B), nous supposerons que la chose vendue n'est pas une *res mancipi*; de la sorte nous aurons examiné tous les cas possibles.

A). *La chose vendue est res mancipi* [14].

Premier argument. — L'acheteur peut valablement constituer sur la chose le droit de gage ou d'hypothèque. Cela peut-il se concevoir, s'il n'a pas le *dominium?* — D'un autre côté, ce droit réel s'éteint par l'arrivée de la condition résolutoire : cela peut-il se comprendre si l'on n'admet pas que la propriété revienne de plein droit au vendeur ?

Nous supposons, avons-nous dit, que la chose est *res mancipi ;* c'est un *fundus*, comme le dit Marcellus ; il a été simplement livré par le vendeur, comme l'indique Ulpien dans le second texte (*fueritque tradita*).

D'ailleurs il en sera toujours ainsi. En effet il est évident que le vendeur se gardera bien de le manciper, il a trop d'intérêt à garder la propriété *quiritaire*. Nous allons voir en effet que cela suffit à le garantir contre l'effet des actes de disposition par lesquels l'acheteur pourrait vouloir entraver la vente à de meilleures conditions, espérée par le vendeur.

D'un autre côté, l'acheteur ne saurait exiger cette mancipation, parce qu'il n'a absolument aucun intérêt légitime à devenir propriétaire quiritaire avant l'expiration du délai, et ne pourrait le désirer que dans le but dolosif d'entraver la nouvelle vente en grevant la chose de droits réels ineffaçables.

Nous disons qu'il n'a aucun intérêt à obtenir mancipation, même en supposant ici qu'il ait payé le prix,

14. Dans le sens des développements que nous allons donner, voyez Czyhlarz, *op. cit.* p. 57-63.

ce qui ne se fait *jamais* dans l'*addictio in diem*, comme nous le verrons plus loin.

Voyons quelle est en effet sa situation pendant le délai :

Il fait les fruits siens, il usucape [15].

S'il usucape, il a la Publicienne, c'est là une conséquence absolument forcée : tout individu qui se trouve *in via usucapiendi*, (pourvu qu'il y ait eu tradition ou acte équivalent) jouit nécessairement de la Publicienne, car, puisqu'il est en train d'usucaper, il est vrai de dire que s'il avait possédé pendant le temps requis, il serait devenu *dominus ex jure quiritium :* il remplit donc les conditions qui assurent le succès sur la Publicienne.

Du reste les textes lui attribuent positivement cette action [16] qui réussira d'ailleurs *erga omnes*, car il a acheté *a domino* [17].

Si le vendeur, resté *dominus ex jure quiritium* et ayant, par hasard, repris possession, opposait l'exception *justi dominii*, notre acheteur la briserait bien entendu par la réplique *rei venditæ et traditæ* [18], car la vente tient encore, elle n'est pas résolue.

Et si le vendeur voulait intenter contre l'acheteur la revendication qu'il a conservée, il serait également repoussé par l'exception *rei venditæ et traditæ.*

L'acheteur n'a donc absolument aucun intérêt légitime à se faire manciper la chose, et ne pourrait le demander que pour se donner la faculté d'aliéner la chose, d'affranchir l'esclave vendu par exemple, en d'autres

15. L. 2, § 4 D. *Pro emptore*, 41, 4; L. 2, § 1, D. *De in diem*, 18, 2. Cette usucapion s'appliquera ainsi même dans le cas où le vendeur est propriétaire, et où il ne s'agit pour l'acheteur que d'acquérir le *dominium ex jure quiritium*.

16. L. 41, D. *De reiv.*, 6. 1. Voyez plus haut Chap. IX, n° 91.

17. *Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est,* L. 31, § 2, D. *De act. empti*, 19, 1. Voyez plus haut, Chap. XVII.

18. Arg. L. 4, § 32, D. *De doli mali except.* 44, 4. Voyez Chap. XII, texte et note 3.

termes d'en disposer, ce qui lui est absolument interdit, puisque cela empêcherait la seconde vente à de meilleures conditions, que le vendeur s'est réservé le droit de conclure.

Par conséquent cette demande de mancipation n'étant pas conforme à la bonne foi, l'action *empti* qu'il intenterait pour l'obtenir échouerait absolument.

Protégé envers et contre tous par l'action réelle prétorienne, propriétaire des fruits, il se trouve, on le voit, pratiquement et au point de vue du droit prétorien, dans la situation d'un véritable propriétaire. C'est un propriétaire prétorien *erga omnes*, un propriétaire *bonitaire*.

356. — Allons plus loin. Même au point de vue du droit de disposition, si l'acheteur estime que la condition résolutoire ne s'accomplira pas, rien ne l'empêche d'aliéner la chose, de la grever de droits réels parfaitement opposables au vendeur, mais seulement tant que la condition résolutoire n'est pas réalisée.

En effet, nous venons de le voir, tant qu'il n'y a pas *melior conditio allata*, il peut repousser la revendication de son vendeur par l'exception *rei venditæ et traditæ*. Or, toutes les fois qu'une personne peut opposer à un vendeur cette exception, les ayants-cause, même à titre particulier, de cette personne peuvent opposer cette même exception au vendeur et à tous ses ayants-cause [19].

Par conséquent, si le vendeur revendiquait *medio tempore* contre un sous-acheteur, ou contre un créancier auquel l'acheteur aurait donné la chose en gage,

19. L. 3, pr. § 1, D. *De except. rei venditæ*, 21, 3: *Exceptio rei venditæ et traditæ non tantum ei cui res tradita est.* SED SUCCESSORIBUS ETIAM EJUS ET EMPTORI SECUNDO, *etsi res ei non fuerit tradita, proderit* (donc c'est bien l'exception *de leur auteur* qu'ils invoquent, puisqu'ils peuvent l'opposer avant d'avoir reçu eux-mêmes tradition) : *interest enim emptoris primi secundo res non evinci.* — § 1. *Pari ratione, venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum jus, sive in eam duntaxat rem successerint*, (Hermogénien).

ils le repousseraient en invoquant l'exception *rei venditæ et traditæ* qui compète à leur auteur.

Telle est la situation de l'acheteur *medio tempore*, c'est identiquement celle d'un *propriétaire bonitaire*.

357. — Mais une fois la condition résolutoire arrivée, la scène change !

La vente est résolue : l'acheteur ne peut donc plus invoquer l'achat, il n'a plus de *justa causa*, partant plus de Publicienne : *antequam adjectio sit facta uti in rem actione potest, postea non poterit* [20].

La vente est résolue, l'immeuble est *inemptus, invenditus* [21]. Dès lors l'exception *rei venditæ* cesse de compéter à l'acheteur, puisque la vente sur laquelle elle se basait se trouve anéantie, puisqu'au regard du vendeur elle est censée n'avoir jamais été faite.

Le vendeur revendiquera donc avec succès contre l'acheteur, et n'aura pas besoin de briser par une réplique de dol l'exception *rei venditæ*, car cette exception n'existe plus, elle est *de plano* mal fondée.

Même résultat vis-à-vis des ayants-cause de l'acheteur. N'oublions pas qu'ils n'ont, de leur chef, en vertu de leur acquisition, aucune exception à opposer au vendeur resté propriétaire. Ils ne peuvent qu'invoquer les droits de leur auteur, l'exception *rei venditæ* qui lui compète [22], et seulement tant qu'elle lui compète ; là où il serait vaincu, ils perdront aussi la bataille [23].

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que tout possesseur publicien, c'est-à-dire tout individu remplissant les conditions de l'action prétorienne, peut constituer sur la chose ce droit réel prétorien qu'on nomme l'hypo-

20. L. 41, D. *De reiv.*, 6, 1. Voyez ci-dessus n° 91.
21. L. 10, D. *De rescind. vend.*, 18, 5.
22. Voyez *supra*, note 19.
23. Arg. L. 4, § 32, D. *De doli mali except.* 44, 4.

thèque ou le gage. Rappelons ici trois textes dont l'un a été déjà expliqué [24].

L. 18, D. *De pignoribus*, 20, 1 :

Paulus lib. 19 ad Ed. (le livre où il commente l'Edit Publicien) :

Si ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

Ainsi le créancier gagiste qui tient son droit d'un possesseur publicien est protégé par l'action hypothécaire, exactement dans la mesure où le constituant est protégé par la Publicienne.

Or, ici l'acheteur n'est protégé par la Publicienne que jusqu'à l'arrivée de la condition résolutoire.

Donc le créancier hypothécaire n'est aussi protégé par l'action hypothécaire, que jusqu'à l'arrivée de cette condition !

Autrement dit, son droit de gage ou d'hypothèque s'éteint : *finiri pignus si melior conditio allata sit* [25] !

On le voit, pour comprendre que dans la L. 4, § 3, D. *De in diem*, l'acheteur ait pu valablement hypothéquer la chose, il n'est nullement nécessaire d'admettre qu'il en ait acquis la propriété.

Bien mieux, pour concevoir que cette hypothèque

24. Chapitre XVII. texte et note 6.

25. Le second texte, commenté plus haut, Chapitre XVII n° 220, est la L. 14, D. *Qui potiores*, 20, 4. Paul y décide que si un même *non dominus* constitue deux hypothèques, la première en date prend rang avant la seconde. Cela prouve qu'il n'est nullement nécessaire d'être propriétaire pour hypothéquer valablement; il suffit d'être possesseur publicien, et l'hypothèque sera valable vis-à-vis de tous ceux dont le constituant triompherait par la Publicienne. Un autre texte montre encore l'exactitude de ces idées. C'est la L. 29 D. *De pignerat. act.*, 13, 7 : *Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis... deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse...* L'hypothèque s'éteint parce qu'on ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose ; elle *s'éteint*... donc elle existait, elle avait été valablement constituée; pourtant ici le constituant n'est pas même propriétaire bonitaire, c'est un acheteur de bonne foi de la chose d'autrui.

ou ce gage [26] valablement constitué s'éteigne ensuite par l'effet de la condition résolutoire, il faut nécessairement supposer que l'acheteur *n'a pas* acquis le *dominium*.

Car, s'il l'avait acquis, pour comprendre que le droit de gage s'éteignît, il faudrait admettre qu'un jurisconsulte du temps d'Antonin et de Marc-Aurèle, Marcellus, s'était permis de renverser un principe fondamental du droit romain, à savoir que la propriété ne saurait être transmise *ad tempus*, et cela sans hésitation, d'un trait de plume : « *finiri pignus* », sans avoir, le moins du monde, l'air de se douter de la révolution juridique qu'il y avait dans ces deux mots !

Ainsi, toutes les fois que la chose vendue avec *addictio* est une *res mancipi*, on la livre, mais on se garde bien de la manciper !

L'acheteur muni de la Publicienne et de l'exception *rei venditæ*, se trouve en fait et pratiquement assimilé à un propriétaire. Il est propriétaire prétorien *erga omnes*, propriétaire bonitaire. Il peut grever la chose de droits qui dureront autant que le sien. Mais, une fois la résolution accomplie, la revendication du vendeur n'étant plus paralysée par l'exception *rei venditæ et traditæ* que pouvaient auparavant lui opposer l'acheteur et ses ayants-cause, tout cède devant lui : les droits, *toujours purement prétoriens*, de l'acheteur et de ses ayants-cause s'évanouissent à l'instant.

358 — *Deuxième argument.* — Comment se fait-il, pourtant, si l'acheteur n'est pas *dominus ex jure quiritium*, qu'Ulpien lui donne ce nom : *ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus esset.. ?*

La question est donc de savoir si Ulpien a pu *medio tempore* qualifier de *dominus* un individu qui sans être

26. On sait qu'au point de vue du droit réel conféré, hypothèque ou gage c'est tout un à Rome.

dominus ex jure quiritium, se trouve pratiquement assimilé à un propriétaire ; un individu qui n'a pas la revendication, mais qui, étant *in via usucapiendi,* jouit de la Publicienne, qui d'ailleurs intentera efficacement cette action contre tout le monde sans exception, en d'autres termes, un propriétaire prétorien ?

La question sera résolue si l'on trouve un texte dans lepuel Ulpien appelle *dominus* un individu qui se trouve précisément dans cette situation-là, qui n'a pas le *dominium ex jure quiritium*, mais qui est en voie d'usucaper et qui jouit de la Publicienne *erga omnes.*

Or, non seulement ce texte existe, mais il y en a bien d'autres dans le même sens.

C'est d'abord la L. 15, § 16, D. *De damno infecto*, 39, 2 :

Ulpianus lib. 52 ad Edictum :

... § *16. — Julianus scribit, eum qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Prætore* DOMINUS *constituatur.*

Ainsi, voilà un voisin que le préteur a envoyé en possession d'un immeuble menaçant ruine dont le propriétaire n'a pas fourni la *cautio damni infecti.* Au bout d'un certain temps, le préteur rend un second décret (*in possessionem esse jubere*) qui transforme en possession *ad usucapionem* la détention qu'avait créée le premier décret.

Depuis ce moment le *missus* usucape ; il a la Publicienne[27], il n'a pas le *dominium*, dit Ulpien, il est seulement en train de l'acquérir (*per longum tempus dominium capere*) et pourtant Ulpien l'appelle *dominus* !

De même, dans le § 17 *eod.*, prévoyant le cas où

27. L. 18, § 15, D. *eod.*

deux personnes obtiennent le second décret, il dit : *ambo fiunt domini.*

Le même Ulpien n'hésite pas à employer l'expression de *dominium* à propos de personnes qui ne sont certainement pas *domini ex jure quiritium*, mais seulement propriétaires prétoriens :

L. 14, § 1, D. *De religiosis*, 11, 7 :

.... DOMINIUM *habet qui auctore judice* (c'est-à-dire *Prætore*) *comparavit* [27 bis].

L. 1, D. *De bon. pos.* 37, 1 :

Bonorum possessio admissa... DOMINIA *rerum quæ in his bonis sunt, tribuit.*

L. 7, § 1, D. *De usuf.* 7, 1, à propos d'un *missus in possessionem damni infecti nomine* :

... *et jure* DOMINII *possessurum eas ædes, si perseveretur non caveri.*

De même Paul, parlant d'un esclave que le préteur a permis de saisir à raison d'un délit, lorsque le maître ne se présente pas pour défendre à l'action noxale, nous dit que le saisissant acquiert le *dominium* (DOMINII *acquisitione*, L. 26, § 6, D. *De noxal. act.* 9, 4), bien qu'il n'obtienne certainement que la propriété prétorienne et qu'il lui faille usucaper pour devenir propriétaire quiritaire (voyez ci-dessus, n° 174).

Le même jurisconsulte appelle : « *dominus* » l'héritier prétorien, et son droit : «*dominium* »(L. 47, D. *De furtis*, 47, 2).

Enfin Gaius I, § 54 et II, § 40, nous enseigne qu'il y a un *duplex dominium*, la propriété civile et la propriété prétorienne, bonitaire.

Donc le nom de *dominus* convient parfaitement à l'acheteur sous condition résolutoire bien qu'il n'ait pas acquis le *dominium ex jure quiritium.*

27 *bis*. Voyez *supra* n° 4 vers la fin.

Donc la L. 4, § 3, D. *De in diem* s'explique tout entière sans qu'il soit besoin de considérer l'acheteur comme propriétaire quiritaire, et même ne s'explique bien qu'à la condition d'admettre qu'il ne l'est pas devenu.

Le mot *dominus* n'implique nullement, dans le langage d'Ulpien et de plusieurs autres jurisconsultes, la propriété quiritaire, comme le prouvent les textes que nous venons de citer.

Ulpien considère donc l'acheteur comme *dominus* au point de vue pratique et prétorien, lorsque l'*addictio* constitue une condition résolutoire [28].

Il en serait tout autrement si la clause constituait une condition suspensive: l'acheteur n'usucaperait pas, ne ferait pas les fruits siens, ne pourrait hypothéquer, en un mot ne serait pas *dominus*.

A l'appui de sa doctrine Ulpien invoque l'autorité de Marcellus, d'après qui le gage constitué par l'acheteur s'éteignait à l'arrivée de la condition résolutoire, *lorsque la vente était faite sous condition résolutoire* (*pure vendito*). De là résulte nécessairement, dit Ulpien, que Marcellus dans ce cas considérait l'acheteur *medio tempore*, comme un *dominus*. Nous savons maintenant le sens qu'il faut donner à ce mot.

Sabinus, au contraire, ne distinguant point la condition résolutoire de la suspensive, n'admettait point l'acheteur à usucaper tant que la condition était en suspens ; il lui refusait donc aussi la Publicienne et par conséquent la qualité de propriétaire prétorien (L. 2, § 3, D. *Pro emptore*, 41, 4).

Au lieu de former une note discordante, le texte se

28. L. 2, § 1, D. *De in diem*, 18, 2 : *Ubi igitur, secundum quod distinximus, pura venditio est. Julianus scribit hunc cui res in diem addicta est et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si interierit.*

concilie donc très bien avec les autres qui, eux, sont unanimes à considérer, non l'acheteur, mais le vendeur comme propriétaire.

La vérité, c'est qu'ils le sont tous les deux, l'un au point de vue du droit civil, l'autre selon le droit prétorien.

Et, comme cette propriété prétorienne résulte seulement de la protection accordée, *medio tempore*, à l'acheteur *erga omnes* par la Publicienne et par l'exception *rei venditæ*, il perd cette propriété dès que ces deux protections lui sont retirées. Or, comme toutes deux elles reposent sur la vente, elles cessent de compéter à l'acheteur par l'effet de la condition résolutoire qui réduit la vente à néant[28 bis] !

359. — Un autre texte, du jurisconsulte Paul celui-là, a beaucoup, et à bien des points de vue, embarrassé les commentateurs .

L. 9, D. *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, 39, 3 :

28 *bis*. L. 52, D. *De adq. rer dom.*, 41, 1 : *Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.*

29. Voyez Bufnoir, p. 160, 166, 168, 482. — Les uns (Fitting *loc. supra cit.*) pensent que Paul admettait, pour le seul cas d'*addictio in diem*, le retour de plein droit de la propriété, parce qu'ici l'utilité pratique de ce résultat se fait particulièrement sentir; autrement dit le principe que la propriété ne saurait être transmise *ad tempus* s'appliquait ou ne s'appliquait pas, selon les circonstances ! ! — D'autres supposent que l'*addictio* jouait ici le rôle d'une condition suspensive, ou tout au moins qu'il pouvait y avoir doute sur son caractère; Paul alors donne le conseil prudent d'exiger le concours du vendeur et de l'acheteur. Mais c'est oublier que pour Paul l'*addictio in diem* est toujours une condition résolutoire : (L. 2, § 4, D. *Pro emptore*, 41, 4). On a été jusqu'à imaginer que Paul, qui n'ignorait pas sans doute la doctrine (?) d'Ulpien, a voulu donner un conseil de prudence en recommandant de se mettre en règle au point de vue de toutes les opinions ! Mais alors Paul aurait dit : *ut omnibus placeat voluntate domini factam aquæ cessionem*. Puis cela conduirait à d'inextricables difficultés. Il en résulterait en effet que, selon la doctrine qu'on impute à Ulpien, le vendeur pourrait grever la chose de droits réels conditionnels, pendant qu'elle est la propriété de l'acheteur. Or, un propriétaire sous condition suspensive, comme le serait précisément le vendeur dans cette théorie, ne peut disposer de la chose que si on admet que la condition à laquelle est subordonnée sa propriété, produit un effet rétroactif, L. 11, § 9, D. *De don. inter*, 24, 1, voyez ci-dessus n° 320 note 65. Mais justement les partisans de ce système n'admettent pas la rétroactivité ! Comparez Bufnoir p. 483.

In diem addicto prædio, et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut sive remanserit penes emptorem, sive recesserit, certum sit voluntate DOMINI *factam aquæ cessionem.*

Voluntate domini... Comme le mot *dominus* convient aussi bien à l'acheteur, propriétaire prétorien, qu'au vendeur, propriétaire quiritaire, ce texte n'offre aucune difficulté.

La servitude a été consentie par le vendeur et par l'acheteur; elle sera dès lors inattaquable, quoi qu'il arrive.

Si la condition résolutoire se réalise, le vendeur n'ayant jamais cessé d'être propriétaire quiritaire, la servitude a donc été valablement établie par lui.

Si au contraire le délai s'écoule sans qu'on trouve de meilleures conditions, la servitude consentie par l'acheteur sera encore parfaitement bien établie [30], car *medio tempore* l'acheteur était propriétaire bonitaire, il avait contre son vendeur l'exception *rei venditæ*; cette exception, qu'il transmet, nous l'avons vu, à ses ayants-cause, ne peut plus leur faire défaut, puisque la vente est désormais affranchie de tout danger de résolution.

Ainsi dans ce cas l'acheteur n'a jamais cessé d'être propriétaire bonitaire.

Dans tous les cas nous dirons avec le texte; *certum est voluntate domini factam aquæ cessionem*: elle a été constituée dans tous les cas par un *dominus* qui avait le droit de l'établir pour toujours; et quelque soit le propriétaire actuel, le vendeur ou l'acheteur, on peut dire que la servitude est l'œuvre de sa volonté.

360. — B. *La chose est nec mancipi.* — Les textes relatifs à l'*addictio in diem* se placent en général dans

30. On remarquera d'ailleurs que dans le texte cité, il s'agit de servitudes constituées *jure prætorio, per usum et patientiam*, Bufnoir, p. 483.

l'hypothèse où un *fundus*, ou bien un esclave, par conséquent une *res mancipi*, a été vendue.

Tel est le cas du fameux texte d'Ulpien et de Marcellus que nous venons de commenter, L. 4, § 3, D. *De in diem*, 18, 2, et nous avons vu que, dans ce cas, la solution du texte s'explique aisément par le motif que le vendeur s'étant borné à livrer, a gardé la propriété quiritaire[30 bis].

Mais, dans la L. 3, D. *Quib. mod. pign. sol.*, 20, 6, reproduite plus haut[31], Ulpien citant le même passage de Marcellus, dit d'une manière générale : *si* RES *distracta fuerit sic*, *ut* : « *nisi intra*... etc. »

On pourrait, à la vérité, supposer qu'Ulpien avait écrit *res mancipi*, ce qui cadre mieux avec le passage de Marcellus, puisqu'il y parlait d'un *fundus*.; d'ailleurs la suite du texte : «*fueritque tradita* » s'harmoniserait bien avec cette hypothèse, en ce qu'Ulpien indiquerait par là qu'il n'y a pas eu de mancipation, partant pas de transfert de la propriété quiritaire.

Mais, pour être possible, vraisemblable même, une conjecture n'en reste pas moins une conjecture. Il se pourrait après tout, que la L. 3 n'eût subi aucune modification, et qu'Ulpien eût en effet parlé en général de toute espèce de choses, même *nec mancipi*.

30 *bis*. Voyez les tablettes récemment trouvées à Pompei (les fac-simile dans le *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, Anno I, Fasc. I, p. 8, 9). Des auteurs, comme le Prof. Alibrandi, voient dans la seconde tablette une vente faite avec *lex commissoria*, et dans la première le procès-verbal de la mancipation accomplie quand la venderesse a reçu le prix. Les faits se seraient alors produits dans l'ordre inverse de la disposition matérielle des documents sur les tablettes. Ces auteurs comprennent très bien que jamais Romain n'aurait eu l'imprudence de *manciper* l'objet vendu avant d'en avoir reçu intégralement le prix, ou obtenu des garanties solides. Quant aux tablettes en question, nous préférons d'ailleurs l'interprétation de M. Tardif (Nouv. Rev. hist. 1888, p. 472 et s.) qui a l'avantage de maintenir les actes dans l'ordre où les écrits ont été dressés.

31. Nous la répétons ici : *Si res distracta fuerit sic* : « *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset,* » *fueritque tradita, et forte emptor antequam melior conditio offerretur hanc rem pignori dedisset. Marcellus lib. 5 Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata, quanquam ubi sic res distracta est :* « *nisi emptori displicuisset* » *pignus finiri non putet.*

Par conséquent, il importe d'expliquer comment il peut se faire qu'une *res nec mancipi* ayant été vendue sous la condition résolutoire en question, l'acheteur puisse l'hypothéquer valablement, et que pourtant cette hypothèque prenne fin par l'arrivée de la condition résolutoire [31 bis].

Cela s'expliquerait exactement de la même manière que dans le cas d'une *res mancipi* simplement livrée, si nous pouvions montrer que le vendeur est resté propriétaire, comme dans le cas de vente sous la condition résolutoire [32] de la *lex commissoria*.

Vendre sous condition résolutoire n'implique pas du tout transférer immédiatement la propriété; *encore faut-il que le prix ait été payé*, ou satisfaction équivalente fournie, ou enfin que le vendeur ait entendu renoncer à sa garantie réelle, et se contenter de la solvabilité personnelle de l'acheteur !

Si le vendeur, dans l'*addictio in diem*, conserve la propriété, on s'explique très facilement que l'acheteur puisse hypothéquer, et que cependant l'hypothèque s'éteigne par l'arrivée de la condition résolutoire.

Pour usucaper, pour avoir la Publicienne, il n'est nullement nécessaire d'avoir payé son prix [33]. L'acheteur, même non devenu propriétaire, peut repousser par l'exception *rei venditæ* la revendication de son vendeur, tant que le terme fixé pour le paiement n'est pas échu, ou tant que la condition résolutoire n'est pas arrivée : en un mot, tant qu'il n'y a pas de *justa causa vindicandi* [34].

D'un autre côté, nous l'avons vu au Chapitre précé-

31 *bis*. Cette explication sera la seule que l'on puisse donner pour le droit de Justinien, où il n'y a plus de distinction entre les choses *mancipi et nec*.

32. La *lex commissoria*, dans le dernier état du droit, s'interprète comme condition résolutoire L. 1, D. *De leg*, *com* , 18, 3.

33. *Supra* Chap. XII.

34 *Supra* Chap. XXV nos 339, 340, L. 1, § 5 D. *De except. rei vend.*, 21, 3 — L. 3. C. *De pactis inter empt.* 4, 54.

dent, pour hypothéquer il n'est nullement nécessaire d'être propriétaire. Un simple acheteur de bonne foi *in via usucapiendi*, en d'autres termes, toute personne jouissant de la Publicienne, peut hypothéquer; seulement le préteur ne protègera le créancier par l'action hypothécaire, que dans la mesure où il protège le débiteur par la Publicienne [35].

Ainsi, protégé envers et contre tous par la Publicienne et l'exception *rei venditæ*, notre acheteur, bien qu'il ne soit pas propriétaire au point de vue du droit civil, et qu'il n'ait point la revendication, n'en doit pas moins être considéré comme propriétaire au point de vue prétorien.

Tant que la condition résolutoire n'est pas accomplie, il se trouve en effet identiquement dans la situation d'un acheteur pur et simple qui a reçu *a domino* tradition d'une *res mancipi*. Ce dernier a l'*in bonis*, donc l'acheteur sous condition résolutoire d'une *res nec mancipi* a aussi l'*in bonis*, *medio tempore*, car encore une fois il a la même action pour attaquer, la même exception pour se défendre.

Or, c'est à ces signes que se reconnaît l'*in bonis*:

L. 52, D. *De adq. dom.* 41, 1 : *Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.*

A ce point de vue, il mérite donc le nom de *dominus*, tout aussi bien que le *missus in possessionem ex secundo decreto* de la L. 15, § 16, D. *De damno*, 39, 2 ; comme lui il usucape, comme lui il a la Publicienne pour attaquer, une exception pour se défendre.

On s'est trop habitué à croire que les deux propriétés, quiritaire et bonitaire, ne pouvaient être séparées

35. Voyez les textes cités *supra* nos 4, 55, 354, 357.

que sur une chose *mancipi*. Par exemple, même si les choses à partager sont *nec mancipi*, l'adjudication n'en transférera que l'*in bonis* si le *judicium* n'est pas *legitimum*: L. 44, § 1, D. *Fam. ercis.*, 10, 2. — Frag. Vat. § 47. De même dans le cas d'aliénation extorquée par violence, le violenté reste propriétaire bonitaire, ci-dessus, Chapitre XXII.

Citons encore un cas où, même sur une chose *nec mancipi*, l'*in bonis* sera séparé de la propriété quiritaire: L. 14, D. *De publ.*, 6, 2.

Sur mon ordre mon mandataire a vendu ma chose, je lui défends ensuite de la livrer; cependant il en fait tradition. Papinien décide que le préteur protègera l'acheteur *sive petat rem*, *sive posssideat*, c'est-à-dire qu'il lui donnera une Publicienne efficace contre tout le monde, et contre le vendeur (ou ses ayants-cause) l'exception *rei venditæ voluntate mandatis*. Le mandant est resté propriétaire, puisque, loin d'avoir autorisé la tradition, il l'a défendue; il a donc la revendication, comme l'indique d'ailleurs la suite du texte. Muni d'une action et d'une exception, l'acheteur remplit au contraire les conditions de l'*in bonis*, et cela, même si la chose est *nec mancipi*. Ici encore l'*in bonis* et la propriété quiritaire sont séparées.

Remarquons d'ailleurs que dans l'hypothèse prévue par la loi 14, D. *h. t.* l'acheteur avait, selon toute vraisemblance, payé son prix, fourni une satisfaction équivalente, ou obtenu que le mandataire suivît sa foi. Car si le prix n'avait pas été payé, la défense faite au mandataire de livrer avant le paiement du prix empêcherait l'acheteur d'opposer avec succès l'exception *rei venditæ et traditæ*: L. 1, § 3, D. *De except. rei vend.* 21, 3.

Une fois la condition résolutoire accomplie, l'acheteur n'a plus ni Publicienne, ni exception *rei venditæ*,

donc son créancier hypothécaire voit disparaître aussi et l'action quasi-servienne qui lui compétait, et l'exception *rei venditæ* qu'il pouvait opposer du chef de son débiteur [36] : autrement dit, l'hypothèque s'éteint [36 bis].

361. — Reste à prouver que dans l'*addictio in diem* sous condition résolutoire, le vendeur ne transfère jamais la propriété, et à dire pourquoi. Nous emprunterons cette preuve et cette explication à Schulin, du moins quant au fond des idées. Elle aura l'avantage de pouvoir s'appliquer à toutes les choses, dans le droit de Justinien.

Czyhlarz, qui donne pour l'époque classique l'explication que nous avons adoptée pour les *res mancipi*, est forcé d'admettre sous Justinien un retour de plein droit de la propriété, *op. cit.*, p. 63.

Nous disons que jamais le vendeur ne transfère la propriété en cas d'*addictio in diem*, avant que le délai ne soit écoulé. Voici les preuves que l'on peut invoquer à l'appui de cette idée :

1° D'abord il n'existe aucun texte proclamant ou impliquant la propriété de l'acheteur, pas même la décision de Marcellus que nous venons de commenter, bien au contraire, car si l'acheteur eût été propriétaire, l'hypothèque qu'il a constituée ne s'éteindrait pas, à moins de tomber dans la théorie de la propriété transmise *ad tempus*, doctrine démentie par l'ensemble des textes, de l'aveu même de ses partisans.

36. Voyez, ci-dessus lettre A.

36 *bis*. La L. 9. D. *De aqua*, 39, 3, s'expliquera, sous Justinien, par les mêmes motifs. Bien que l'acheteur ne soit pas encore propriétaire, faute d'avoir payé son prix, rien n'empêche qu'il ne constitue des servitudes dont le préteur protègera les titulaires au moyen de la Publicienne des servitudes (*supra* Chap. V), dans la mesure où il protège par la Publicienne ordinaire l'acheteur qui les a concédées, c'est-à-dire tant que la vente n'est pas résolue, toujours si la condition résolutoire défaille. Si, avant la résolution le vendeur resté propriétaire intentait l'action négatoire contre les titulaires des servitudes ainsi concédées, ces titulaires le repousseraient par l'exception *rei venditæ et traditæ* dont ils jouissent comme ayants-cause de l'acheteur, L. 3, pr. D. *De except. rei vend.*, 21, 3.

2° Réciproquement nous pouvons invoquer ici les textes allégués ci-dessus lettre A, sous les nos 1°, 2°, 3°, n° 355 et s. [37], qui prouvent d'une manière générale que la propriété n'a pas été acquise par l'acheteur. mais est restée au contraire sur la tête du vendeur.

3° D'ailleurs il n'est pas possible que la propriété soit transférée, et cela pour deux motifs :

A). Dans l'*addictio in diem* le prix n'est jamais payé, ou du moins jamais intégralement.

B). D'un autre côté on ne saurait ici attribuer au vendeur l'intention de renoncer à la garantie qui résulte de la propriété conservée, et qui, de l'aveu de tous [38] lui est ici plus indispensable que partout ailleurs.

A). Le prix n'est jamais payé, du moins intégralement :

1° Le seul texte qui parle de paiement effectué (L. 20, D. *De in diem*, 18, 2) suppose seulement le versement d'un acompte : « *pecuniam in exordio venditionis de pretio solutam* ». Papinien se demande si le premier acheteur peut exiger du second le remboursement de cet acompte, et décide qu'il ne le peut à moins que le vendeur ne lui ait cédé son action *venditi*.

2° Dans la L. 16, D. *eod.*, Ulpien rapportant un rescrit de Septime Sévère, permet au premier acheteur de retenir sur les fruits par lui perçus et qu'il devrait rendre au vendeur, le montant des impenses nécessaires qu'il a faites sur la chose vendue. Si les fruits ne suffisent pas, ce premier acheteur se fera indemniser par l'action *empti*. Or, si le prix avait été payé, l'empereur, au lieu de ne parler que des impenses, aurait mis au premier rang des créances contre le vendeur la resti-

37. L. 38, § 2, D. *Ad leg. Fal.*, 35, 2. — L. 1, D. *De in diem*, 18, 2. — L. 11, § 10, D. *Quod vi aut clam*, 43, 24.

38. Fitting, cité par Bufnoir, p. 168, note 1. — Accarias, t. II, n° 614, p. 470, note 2 (numérotée 1 par erreur typographique) Thaller. *op. cit.*, p. 107.

tution du prix. Tout au moins Ulpien, qui commente ce rescrit, n'aurait-il pas manqué sans doute d'ajouter ce point important.

3° D'un autre côté, le seul texte qui, à notre connaissance, fasse allusion à la date du paiement (L. 15, § 1, *in fine*, D. *De in diem*, 18, 2) suppose qu'il y avait terme. Le texte envisage en effet l'hypothèse où le nouvel acheteur offre un prix plus élevé, mais payable à une échéance plus éloignée que celle fixée au premier acheteur : *Si dies longior pretii solvendi data fuerit.* — Par conséquent le prix n'était pas payé comptant, et la propriété n'était pas transférée.

4° Enfin, on ne comprendrait pas que l'acheteur payât son prix. Moins que toute autre, la doctrine qui enseigne le retour de plein droit de la propriété peut admettre ce paiement. En effet, dans quelle déplorable situation se trouverait alors l'acheteur ! Le vendeur, redevenu propriétaire pourrait transférer la propriété au second acheteur, et le premier resterait avec un recours purement chirographaire contre le vendeur, pour se faire rendre l'argent versé, c'est-à-dire qu'il s'exposerait de gaieté de cœur à perdre la chose et le prix ! N'oublions pas que non seulement les textes ne lui accordent aucun droit de rétention, mais qu'ils proclament au contraire que le second acheteur n'est pas débiteur du premier et ne saurait être tenu de lui rembourser même l'acompte que ce premier acheteur aurait versé au vendeur, à moins que le vendeur ne lui ait cédé son action *venditi* [39]. Par conséquent le bon sens indique que l'acheteur ne peut s'engager à payer son prix avant l'arrivée du moment où il sera sûr de rester définitivement maître de la chose.

5° D'ailleurs, le vendeur n'est pas moins intéressé que l'acheteur à ce que le prix ne soit pas encore payé

39. L. 20. D. *De in diem*, 18, 2.

intégralement. Car alors la propriété serait transférée, et il ne trouverait pas aisément de second acheteur disposé à courir les risques des droits réels dont la chose aurait pu être grevée par le premier acheteur [40].

Ainsi à quelque doctrine que l'on se range, l'une des parties a un intérêt majeur à ce que le prix ne soit pas payé. S'il n'est pas payé, c'est-à-dire si la propriété n'est pas transférée, les intérêts de toutes les parties sont au contraire entièrement garantis. Pour le vendeur, cela va de soi, et qu'on ne pense pas que l'acheteur, lui, coure quelque risque, si faible qu'il soit. Le vendeur ne peut revendre qu'à de meilleures conditions; toute autre aliénation ne résoudrait pas la première vente, et celui à qui le vendeur aurait transféré la propriété qu'il a conservée, se heurterait dans ce cas à l'exception *rei venditæ et traditæ*, opposable, on le sait, à tous les ayants-cause du vendeur [41].

Il ne faudrait pas d'ailleurs se représenter la vente avec la clause d'*addictio in diem*, comme le fait d'un vendeur pressé d'argent, intéressé à obtenir un paiement immédiat; dans ces conditions on vend à réméré. L'*addictio* n'aurait pas été alors aussi fréquente que le constate le nombre des textes qui s'en occupent.

L'*addictio* est le fait d'un homme décidé à vendre l'objet, et en trouvant un prix dont il se contenterait; il ne veut pas laisser échapper cette occasion et tient à lier l'acheteur envers lui, mais il désire cependant se réserver la chance d'obtenir un meilleur prix.

En résumé, les textes et la nature même des choses s'accordent pour montrer que le prix ne devait jamais être payable immédiatement, mais seulement après

40. Voyez plus haut n° 351. — Cet intérêt existera du moins au point de vue des très nombreux jurisconsultes qui, même selon les partisans de la théorie du retour de plein droit, n'admettaient pas ce retour, c'est-à-dire pour la presque unanimité des Prudents.

41. L. 3, § 1. D. *De. except. rei vend.* 21, 3.

l'expiration du délai donné au vendeur pour trouver de meilleures conditions.

Par conséquent la propriété de la chose ne pouvait pas être transférée à l'acheteur.

B). Nous disons en second lieu qu'on ne saurait attribuer ici au vendeur l'intention de renoncer à la garantie qui résulte pour lui de la propriété conservée, et qui, de l'aveu de tous, lui est ici plus indispensable que partout ailleurs.

En admettant que le terme accordé à l'acheteur puisse faire supposer que le vendeur a entendu renoncer à la propriété, ce n'est certainement pas dans le cas actuel que cette interprétation serait admissible. Ici le terme est stipulé autant dans l'intérêt du vendeur que dans celui de l'acheteur, il s'explique par de tout autres raisons que la volonté de suivre la foi de l'acheteur. La clause d'*addictio in diem*, l'éventualité d'une nouvelle vente que le vendeur se réserve de conclure, manifeste au contraire chez lui de la manière la plus évidente la volonté de conserver entre ses mains la propriété, pour pouvoir la transmettre au nouvel acheteur.

Dès lors tous les textes, y compris la L. 3, D. *Quib. modis*, 20, 6, se concilient et s'expliquent facilement ainsi qu'on l'a vu ci-dessus.

Nous disions en parlant de la *lex commissoria* que le fait de convenir d'un terme pour le paiement, n'implique pas nécessairement chez le vendeur l'intention de renoncer à la propriété de la chose, de se contenter, pour toute garantie, de la solvabilité de l'acheteur : « *fidem emptoris sequi.* »

L'*addictio in diem* fournit précisément un exemple à l'appui de cette idée. Il ne serait vraiment pas raisonnable de prétendre se faire payer tout de suite, lorsqu'en même temps on manifeste l'intention de faire

tous ses efforts pour enlever la chose à l'acheteur au profit d'un nouveau contractant, offrant de meilleures conditions. Le terme fixé pour le paiement résulte donc ici de la nature même de l'opération et non de la confiance du vendeur.

362. — Il en sera très vraisemblablement de même dans le cas du *pactum displicentiæ* dont nous parle la fin de la L. 3, D. *Quib. mod. pignus*, 20, 6.

Après avoir dit qu'en cas d'*addictio in diem* l'hypothèque consentie par l'acheteur s'éteint, lorsque le vendeur agrée de meilleures conditions, et cité à cet égard la décision de Marcellus, Ulpien ajoute :

... *quanquam, ubi sic res distracta est* : « *nisi emptori displicuisset* » *pignus finiri non putet.*

Les Romains considéraient la vente à l'essai comme faite sous condition résolutoire [42].

Il n'est pas probable que le prix fût payé comptant par un acheteur qui se réservait de rendre l'objet après essai. Les textes du droit romain sont muets sur cette question ; aucun, à notre connaissance ne suppose, dans cette hypothèse, que le prix ait été payé : il est donc vraisemblable que le prix n'était payé qu'après l'expiration du délai donné à l'acheteur pour déclarer que la marchandise ne lui agréait pas.

Dans ces conditions, le terme fixé pour le paiement n'impliquait nullement que le vendeur eût entendu suivre la foi de l'acheteur, et par conséquent la propriété n'était pas transférée. Ce terme résultait nécessairement de ce que l'acheteur avait besoin d'un certain délai pour essayer la chose, et n'entendait pas payer le prix avant d'être certain qu'elle lui convenait.

Comment expliquer alors que le droit de gage ou d'hypothèque constitué par l'acheteur [43] ne s'éteigne

42. L. 3, D. *De cont. empt.* 18, 1, L. 2, § 5, *Pro emptore*, D. 41, 4.
43. Et valablement constitué, bien que cet acheteur ne soit pas propriétaire,

pas lorsque cet acheteur déclare que la marchandise ne lui agrée point ?

Tout simplement parce qu'un acheteur à l'essai qui se permet de grever la chose de droits réels, et ainsi d'en disposer, montre par là même qu'il entend l'agréer, et rend non opérante la déclaration qu'il pourrait faire dans la suite : *factum potentius verbis !* Après cet acte décisif, la condition résolutoire ne peut plus s'accomplir [44].

Si donc le vendeur, que nous considérons comme n'ayant pas cessé d'être propriétaire, revendiquait contre le créancier gagiste, celui-ci invoquerait avec succès, du chef de l'acheteur, l'exception *rei venditæ et traditæ*.

En vain le vendeur répondrait-il qu'il n'y a plus de vente, qu'elle est résolue, l'acheteur ayant déclaré que la chose ne lui convenait pas ; le créancier répondra avec raison que cette déclaration est mensongère et qu'en lui hypothéquant la chose, l'acheteur a manifesté clairement qu'elle lui agréait ; qu'ainsi la vente, devenue pure et simple, ne peut plus désormais être résolue. Dans ces conditions, la déclaration de l'acheteur, portant que la chose ne lui agrée pas, n'est que le fruit d'un concert entre lui et son vendeur, concert conclu dans le but de faire fraude aux droits du créancier gagiste ou hypothécaire.

363. — Ainsi et en résumé, dans ces trois cas de vente sous condition résolutoire : *lex commissoria, addictio in diem, pactum displicentiæ*, la propriété n'était pas transmise à l'acheteur, parce qu'il n'y avait

pour les mêmes raisons que dans le cas d'*addictio in diem*. Ici encore l'acheteur sous condition résolutoire a la Publicienne et peut constituer un gage ou une hypothèque opposables à tous ceux contre qui sa Publicienne réussirait, ou auxquels il pourrait opposer l'exception *rei venditæ et traditæ* (L. 18, D. *De pignoribus*, 20, 1. — L. 3, pr. D. *De except. rei vend.*, 21, 3.)

44. En ce sens Bufnoir, p. 468, 469. Ce motif explique également bien le texte dans la doctrine de ceux qui admettent le retour de plein droit.

ni paiement du prix, ni intention chez le vendeur de renoncer à sa garantie [45].

Ce qui n'empêche pas d'ailleurs l'acheteur sous condition résolutoire d'usucaper, d'avoir la Publicienne, (car cette action n'exige pas le paiement du prix) l'exception *rei venditæ et traditæ* ; en un mot, de se trouver *en fait*, au point de vue prétorien, et tant que la vente n'est pas résolue, dans la situation d'un véritable propriétaire.

L'action réelle que les textes lui attribuent *medio tempore* et qui a fait croire qu'il était propriétaire pendant cet intervalle, n'est autre que la Publicienne.

La propriété du droit civil, la propriété garantie par la revendication ne peut s'évanouir par l'effet d'une condition résolutoire.

Il en est autrement de ce droit prétorien sanctionné par la Publicienne ; cette action repose en effet essentiellement sur une *justa causa*, sur la vente notamment, et ne compète plus lorsque la vente est résolue. Puisqu'alors l'objet vendu est *inemptus*, l'acheteur n'est plus fondé à employer la formule : « *Si quem hominem* A^{us} A^{us} EMIT »....

Dans le temps intermédiaire on doit le considérer comme ayant l'*in bonis*, et par conséquent on peut l'appeler *dominus*. Il a la Publicienne contre tout le monde ; contre la revendication de son vendeur, il a l'exception *rei venditæ et traditæ*, il répond donc, on ne saurait trop le répéter, à la définition que donne de l'*in bonis* la L. 52, D. *De adq. rer. dom.* 41, 1 : *Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.*

45. En cas de vente à réméré au contraire, comme le prix est nécessairement payé, le vendeur n'a que des actions personnelles pour obtenir la restitution de la chose : L. 2. C. *De pactis inter empt.* 4, 54. — L. 12, D. *De præscript. verb.*, 19, 5.

Ceux qui nient le retour de plein droit ont raison pour la propriété civile, pour la revendication ; ceux qui l'admettent ont raison aussi pour l'*in bonis*, pour la Publicienne.

Espérons que cette interprétation, qui ne donne tort à personne, méritera, par là du moins, de concilier les opinions divergentes.

364. — On voit maintenant, nous osons l'espérer. le lien intime qui réunit la théorie de la Publicienne à celle de la condition résolutoire en matière de propriété. La première est, à notre gré, le fil conducteur sans lequel on ne peut que se perdre dans un labyrinthe de textes contradictoires.

Ce qui a généralement égaré les commentateurs c'est l'esprit de système.

Que de travail, que de science ont été dépensés par exemple pour édifier de toutes pièces une théorie générale des fautes ou de l'indivisibilité ! On y a renoncé, on a fini par comprendre qu'il n'y a point en droit romain de théorie des fautes ni de l'indivisibilité.

Il n'y a pas non plus de théorie de la condition résolutoire en matière de propriété, et le titre que nous avons donné à cette partie de notre travail, pour nous conformer à l'usage, ne répond pas à la réalité.

En droit romain, de deux choses l'une : ou la propriété n'est pas transférée, et alors l'aliénateur conserve la meilleure de toutes les garanties ; ou bien elle est transférée et alors c'est pour toujours, les tiers acquéreurs à titre onéreux et de bonne foi n'ont rien à craindre.

Dans les cas de vente sous condition résolutoire que nous avons étudiés, la propriété n'étant pas transférée, nous aboutissons en définitive à des résultats analogues à ceux du système qui admet le retour de plein droit. Les intérêts qu'il veut garantir reçoivent satis-

faction, mais le système que nous combattons sacrifie ceux des tiers. On ne saurait faire ce reproche à la doctrine que nous avons adoptée.

Au premier abord il semble pourtant qu'elle échoue sur le même écueil ; en y réfléchissant, on voit qu'il n'en est rien.

Lorsqu'on veut acquérir un objet, on doit naturellement s'informer si l'aliénateur en est propriétaire. A-t-il reçu mancipation, cession *in jure?* Alors on doit être rassuré, autant du moins que l'on peut l'être, l'aliénateur est propriétaire, si son auteur l'était.

L'aliénateur invoque-t-il seulement un achat [46] suivi de tradition ; s'il a possédé pendant le temps très court requis pour l'usucapion, l'acquéreur a encore toute sécurité, car l'aliénateur a usucapé, quand bien même il aurait acheté sous condition résolutoire et n'aurait pas payé son prix (voyez ci-dessus, Chapitre XII).

Que si l'aliénateur ne peut, faute du temps voulu, s'appuyer sur l'usucapion, s'il montre seulement qu'il a acheté et reçu tradition, alors l'acquéreur serait le plus imprudent des hommes, s'il n'exigeait pas la production de la quittance du prix, ou d'un acte prouvant que le vendeur originaire a suivi la foi de son acheteur. Car il ne saurait ignorer ce principe si ancien et si simple du droit romain, à savoir qu'en matière de vente, la tradition, sans paiement du prix, est impuis-

46. Non subordonné à une condition suspensive bien entendu. Lorsqu'il y a tradition, c'est un indice que la condition, s'il y en a une, n'est pas suspensive, mais résolutoire, et voilà pourquoi les jurisconsultes interprètent de préférence dans ce dernier sens les trois clauses dont nous avons parlé. Les interpréter comme condition résolutoire, permet, dès qu'il s'est écoulé un an ou deux ans depuis la tradition, de protéger efficacement les sous-acquéreurs de bonne foi ayant traité avec l'acheteur, contre les réclamations du vendeur. Car dès que ce temps est écoulé l'acheteur a usucapé. S'il a aliéné avant l'expiration du délai, ses ayants-cause pourront se prévaloir du temps pendant lequel il a possédé. Ils ne le pourraient pas si l'on interprétait la vente comme faite sous condition suspensive, car alors la possession de l'acheteur ne serait pas utile pour prescrire.

sante à transférer la propriété. Par conséquent, dans le système que nous adoptons, l'intérêt des tiers est sauf; ceux-là seuls seront exposés qui le voudront bien, ceux qui n'auront pas su ce que tout le monde sait, compris ce que tout le monde comprend.

365. — Dans les donations au contraire, il n'y a pas de prix à payer, par conséquent la tradition transfère toujours la propriété. D'ailleurs on mancipe les choses *mancipi* [46 bis].

Ne l'oublions point, les circonstances dans lesquelles la libéralité s'est produite, par exemple en temps de maladie, la veille d'un départ pour la guerre ou pour un périlleux voyage, ces circonstances, disons-nous, révèleront seules souvent qu'il s'agit d'une donation à cause de mort, révocable par le prédécès du donataire, révocable aussi par le caprice du donateur.

Quel danger pour les tiers, si la propriété qu'ils ont acquise d'un propriétaire véritable, propriété dont souvent ils n'auront pu connaître le caractère révocable, s'évanouissait entre leurs mains !

Le droit romain n'a pas hésité : propritaire, le donataire a pu aliéner, affranchir [47], tout cela sera maintenu.

Le donateur en souffrira peut-être ; si le donataire est insolvable, sa confiance sera trompée ; que ne l'a-t-il mieux placée, que n'a-t-il eu du moins la prudence d'indiquer clairement qu'il donnait sous condition suspensive et de livrer sans manciper ?

46 *bis*. On peut, sur ce point ajouter de nouvelles preuves à celles que nou avons invoquées *supra* nos 294, 295. Les monuments épigraphiques qui relatent des donations mentionnent toujours la mancipation, voyez les inscriptions rapportées par Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, 4e édition, 1881, p. 201 à 205. — Justinien a même fait une constitution (L. 37, C. *De donationibus*, 8, 54) pour déclarer superflue l'adjonction des mots : « *sestercii nummi unius* » qui étaient de style dans ces actes et qui révèlent manifestement une mancipation *nummo uno*.

47. L. 39, D. *De don. mortis causa*, 39, 6.

366. — Pourtant, s'il y avait un moyen d'améliorer sa situation sans préjudice pour les acquéreurs dignes d'intérêt, ceux à titre onéreux, ne faudrait-il pas l'employer ? Ne serait-il pas juste au moins de préférer aux créanciers du donataire, le donateur qui a mis gratuitement la chose dans le patrimoine de leur débiteur [48] ?

Il ne s'agit pas d'ailleurs d'inventer un procédé nouveau, mais de rechercher si une action prétorienne bien connue ne pourrait pas s'appliquer à ce cas.

Déjà on n'a pas hésité à maintenir le droit à l'action publicienne lorsque l'équité le demandait, par exemple au profit de ceux qu'une usucapion, qu'une spécification, etc., a dépouillés de leur propriété.

Ici sans doute la situation est plus délicate. C'est volontairement que le donateur a transféré la propriété ; avec elle ne s'est-il pas dépouillé de la *justa causa* qui légitimait sa Publicienne, n'y a-t-il pas renoncé ? Oui ! Mais peut-on considérer cette renonciation comme définitive, alors qu'il s'agit d'un acte révocable *ad nutum*, d'une donation à cause de mort ; et si cette révocation se produit, ne peut-on pas soutenir (*potest defendi*) que la Publicienne compétera de nouveau au donateur [49] ?

Telle fut l'opinion d'Ulpien, novateur, oui, révolutionnaire, non pas !

Pendant tout le cours de cette étude, nous avons vu le droit romain marcher du pas que nous lui connaissons bien, par des étapes lentes et successives, par des progrès prudents mais continus, sans brusques secousses, sans révolution, mais aussi sans réaction.

48. Les tiers acquéreurs à titre onéreux et de bonne foi seront en tous cas protégés par l'exception d'une Publicienne égale. Voyez *supra* n° 328.
49. L. 29, D. *De mort. causa don.* 39, 6.

Et dans toutes ces applications, si diverses, de la Publicienne, n'avons-nous pas senti bien souvent ce caractère particulier qui fait la grandeur du droit romain, l'heureuse conciliation entre ces deux forces qui divisent le monde, le troublent parfois et qui pourtant sont nécessaires toutes deux : le respect des traditions et l'amour du progrès ?

CHAPITRE XXVII

Caractères généraux de la propriété prétorienne. Résumé et conclusions.

367. Différences entre la propriété prétorienne et le *dominium* au point de vue de leurs modes d'acquisition et d'extinction. Ceux de la propriété prétorienne sont régis par l'équité. — 368. Caractère relatif de la propriété prétorienne; il résulte aussi de ce qu'elle est une propriété d'équité ; cette idée explique encore son caractère éventuellement temporaire. — 369. Par ses rapports avec l'usucapion, la propriété prétorienne est fille du *dominium*. — Fondement rationnel de la *propriété*, encore fragile, du possesseur de bonne foi avant l'usucapion accomplie. — Nouveau rapport entre le caractère relatif et le caractère temporaire de la propriété prétorienne. — 370. Sous Justinien, est-il vrai de dire que dans tous les cas d'*in bonis*, sauf l'hypothèse d'acquisition *a non domino*, la propriété soit acquise *erga omnes* et à perpétuité ? 371. — Le droit de Justinien a emprunté, en principe, au *dominium* son caractère perpétuel ; la revendication utile donnée dans certains cas et contre certaines personnes n'implique pas le droit de propriété chez celui qui exerce cette action. — 372. A la propriété prétorienne, le Bas-Empire a emprunté, *en pratique*, son caractère quelquefois relatif. — La revendication de cette époque est un mélange de *vindicatio* et de *Publicienne*. — 373. C'est dans cet état que notre ancien droit a connu et nous a transmis la revendication. — Citation de Pothier.

367. — Arrivés au terme de cette longue étude, il est bon de jeter un coup d'œil en arrière, de résumer les résultats auxquels elle nous a menés, et de montrer le rôle prédominant que joue, même de notre temps, la Publicienne.

Nous avons vu, au commencement de ce travail [1],

1. N° 4, note 40.

que les différences entre la propriété prétorienne et le *dominium ex jure quiritium*, au point de vue des avantages qu'ils procurent se réduisent à des quantités négligeables. Au fond, le propriétaire prétorien jouit de tous les attributs utiles de la propriété.

Au point de vue de leurs modes d'acquisition et d'extinction, au contraire, le *dominium* et l'*in bonis* diffèrent sensiblement.

On connaît la liste des actes propres à transférer la propriété quiritaire ; ils se distinguent en général par deux caractères : l'emploi d'une forme prescrite à peine de nullité, révélant très clairement le but qu'on se propose d'atteindre, et en second lieu la publicité obtenue par l'intervention de témoins ou d'un personnage public. Nous avons ici surtout en vue la mancipation et la cession *in jure*, la première, plus usitée, peut être considérée comme le type des modes d'acquisition du droit civil.

La propriété prétorienne s'acquiert par la tradition qui peut parfois être suppléée par la prise de possession sans vices.

Ce qui caractérise ce mode de transfert, c'est qu'il repose sur un acte matériel, qu'il est usité chez tous les peuples et consacré par le droit naturel. En équité, c'est le vrai mode d'acquérir la propriété [1 bis].

Abstraction faite du constitut possessoire, cette mainmise sur l'objet révèle la mutation de propriété aux yeux de ceux qui ont intérêt à la connaître, et par conséquent présente, en général, une publicité suffisante.

Comme le *dominium*, la propriété prétorienne s'étend aux produits et accessoires de la chose ; plus sta-

1 *bis*. L. 9, § 3, D. *De adq. rer. dom.* 41, 1 : *Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.*

ble que lui, elle persiste même sur l'objet transformé, du moins à l'égard du propriétaire civil de l'objet nouveau, et tant qu'il n'a pas indemnisé l'ancien propriétaire (voyez plus haut Chapitre XXI).

Elle survit aussi à l'usucapion accomplie par un tiers, lorsque l'équité l'exige (L. 57, D. *Mandati*, 17, 1) ; enfin une aliénation extorquée par violence ne compte pas à son égard.

En résumé, c'est une propriété d'équité, par suite elle ne doit pas être perdue lorsque cette perte ne serait pas justifiée en équité.

368. — Mais le trait essentiel qui distingue l'*in bonis* de la propriété civile, c'est le caractère relatif ou temporaire que le droit prétorien peut revêtir.

L'acquéreur *a non domino*, s'il remplit les conditions requises pour l'action Publicienne, est regardé comme propriétaire, tant qu'il ne se trouve pas en face d'un droit égal ou supérieur au sien.

Le caractère relatif de la propriété prétorienne s'accuse encore davantage dans le cas où l'objet a été transformé ; elle ne peut être opposée qu'au spécificateur [2], à ses créanciers même hypothécaires, et à ses ayants-cause à titre gratuit, en un mot à tous ceux à qui l'on pourrait répondre par la réplique de dol, s'ils excipaient de la propriété civile acquise par le spécificateur.

Telle est aussi la situation du donateur à cause de mort après l'arrivée de la condition résolutoire; la propriété prétorienne qu'il recouvre alors n'est opposable qu'au donataire et aux ayants-cause que nous venons de déterminer.

Enfin, et c'est là le cas où le caractère relatif de no-

2. Nous comprendrons sous ce nom le propriétaire du terrain où l'arbre d'autrui a été planté, et l'artiste qui a peint sur la tablette d'autrui. Voyez plus haut, Chapitre XXI.

tre droit arrive à son maximum d'intensité, celui qui a pour seul titre un serment par lui prêté [3] ne peut se dire propriétaire prétorien qu'à l'égard de celui qui lui a déféré ce serment et de ses ayants-cause.

C'est toujours l'équité qui règne ici : il ne serait pas équitable que la propriété du maître de la matière, du donateur, pût être invoquée au préjudice des tiers qui ont de bonne foi et à titre onéreux traité avec le spécificateur ou le donataire.

Il ne serait pas juste non plus que la propriété prétorienne acquise par le seul effet d'un serment prêté, fût opposable à ceux qui n'ont point déféré ce serment. Celui-là seul qui l'a déféré doit se voir interdire le droit de contester cette propriété. Il ne le pourrait en effet sans révoquer en doute la sincérité du serment qu'il s'est engagé à respecter en le déférant.

Ainsi l'équité qui régit les modes d'acquisition et de perte de la propriété prétorienne, détermine aussi à quelles personnes elle est opposable.

La propriété civile au contraire ne saurait avoir une existence relative, elle est *erga omnes*, ou bien elle n'est pas!

369. — A ce caractère absolu du *dominium* il faut ajouter un autre trait : la perpétuité ; on ne saurait le transférer *ad tempus*. Sans doute vous pouvez aliéner, soit immédiatement, soit à partir d'un terme fixé ou d'un événement futur et incertain, mais si vous n'avez pas aliéné vous demeurez propriétaire pour toujours, et ce que vous transférerez à autrui, ce sera aussi un droit perpétuel.

Au contraire la propriété prétorienne, relative quant aux personnes, peut l'être aussi quant aux divers moments de la durée. Elle se base sur un fait à la fois

3. Voyez plus haut n°s 195 à 199.

économique et juridique appelé *justa causa* ; quand on n'a aliéné que pour un temps, l'on n'a pas définitivement renoncé à ce juste titre, et la propriété prétorienne vous revient de plein droit, puisque l'action réelle prétorienne vous compète de nouveau.

C'est encore l'équité qui revêt ici la propriété prétorienne de ce caractère résoluble. N'est-il pas juste, par exemple que lorsqu'on a affecté d'une condition résolutoire un transfert de propriété, ce droit ne soit établi que jusqu'à l'arrivée de la condition résolutoire, et revienne alors à l'aliénateur ?

La seule objection qui puisse se présenter, et qui permettrait d'opposer l'équité à l'équité, c'est l'intérêt des tiers ; il n'est pas équitable de dépouiller au profit de l'aliénateur ceux qui, à titre onéreux et de bonne foi, ont traité avec l'acquéreur qu'ils pouvaient croire propriétaire incommutable.

Mais précisément le caractère relatif de la propriété prétorienne fournit le moyen de parer à ce danger, en permettant de ne pas reconnaître à l'aliénateur un droit opposable à tous, mais seulement à ceux auxquels l'équité veut que l'aliénateur soit préféré.

Si la propriété prétorienne peut être temporaire, c'est donc précisément parce qu'il est possible de lui donner un caractère relatif !

La déclarer temporaire, résoluble, si elle avait été nécessairement absolue, si on eût dû la déclarer opposable à tous, cela aurait forcé à sacrifier les tiers, tandis qu'avec le caractère relatif que revêt aisément la propriété prétorienne, il était facile de ménager les tiers lorsque l'équité militait en leur faveur.

La propriété prétorienne diffère donc très sensiblement, à ces points de vue, de la propriété civile.

Pourtant elle en est fille, elle découle d'une institution quiritaire qui constitue la sauvegarde essentielle

de la propriété et qu'on a pu appeler avec raison *la patronne du genre humain :* nous avons nommé l'usucapion.

Pourquoi la propriété est-elle respectable, si ce n'est parce que porter atteinte à nos biens c'est attenter à notre personne ?

Pourquoi nous sentons-nous blessés par l'usurpation et le vol ? C'est que les choses dont nous sommes habitués à user, et à user seuls, sont peu à peu devenues des parties de notre être ; nous comptons pouvoir nous en servir encore, et nous souffrons si nous sommes déçus.

Dès lors le long usage, la longue possession, doit nous assurer la protection sociale, en un mot fonder la propriété.

A l'expiration du délai, que la loi fixera diversement selon l'état des mœurs et de la civilisation, la situation du possesseur deviendra préférable à celle de l'ancien propriétaire qui ne souffrira pas, sans doute, d'être définitivement privé d'une chose dont, depuis si longtemps, il était habitué à se passer. Sa personnalité ne sera pas atteinte, il ne se sentira pas incomplet parce que cette chose lui manque ; c'est le possesseur qui se trouverait lésé si on ne lui assurait pas désormais la conservation de cet objet, qui fait maintenant partie de son être.

Donc, à l'expiration du délai légal, la position du possesseur deviendra inattaquable.

Est-ce à dire qu'elle ne soit pas respectable auparavant ?

L'appropriation n'a-t-elle pas déjà commencé? Le lien entre la personne et la chose, ce lien que crée l'accoutumance, sans avoir encore acquis une parfaite solidité, n'est-il point déjà formé ?

Evidemment oui! Dès lors le droit de briser ce lien ne peut appartenir qu'à celui à qui la loi reconnaît un

droit supérieur, à celui qu'elle protège encore comme propriétaire.

Ainsi, il est juste et raisonnable que la propriété s'acquière par une possession prolongée.

Si la loi précise le délai, c'est pour couper court aux procès, pour éviter l'arbitraire du juge. Mais cela ne veut pas dire qu'au moment où sonne la dernière heure de ce délai, il s'opère comme un changement magique dans la situation du possesseur ; il ne faut pas croire qu'un instant auparavant dépourvu de tout droit, il ait en un moment acquis sur la chose cette puissance illimitée qui s'appelle la propriété : *plena in re potestas !*

Dès le premier jour de sa juste possession, un lien s'est formé entre la chose, et lui, et ce lien c'est véritablement la propriété !

Je sais bien que, d'un autre côté, la chaîne qui reliait l'objet au propriétaire précédent n'est pas encore rompue ; mais c'est comme si elle l'était, tant que ce propriétaire n'a pas ressaisi l'extrémité de cette chaîne échappée de ses mains. Elle est encore attachée à l'objet, je le veux bien ; tant que le délai légal n'est pas expiré, le propriétaire peut encore la reprendre en main, et, pour continuer la comparaison, ramener la chose entre ses mains ; il brisera alors le lien encore fragile qui reliait cette même chose au possesseur de bonne foi. S'il attend, il sera bientôt trop tard, le *vinculum juris* entre le propriétaire et l'objet se dissout, et cet objet n'est plus désormais retenu que par un seul lien, devenu à son tour une chaîne solide, que le possesseur tient entre ses mains.

Ainsi ce n'est pas au jour de l'usucapion accomplie que se forme le lien entre le possesseur et l'objet, mais c'est à ce jour qu'il se consolide définitivement. *Il ne change pas de nature, mais de force seulement!*

Le possesseur de bonne foi est donc réellement un

propriétaire; et le préteur le protège comme tel. Peut-être son droit, encore peu solide, sera-t-il un jour brisé par le droit plus fort du propriétaire véritable; en attendant il n'en existe pas moins.

On aperçoit maintenant un nouveau rapport entre les deux caractères que la propriété prétorienne peut présenter: le caractère relatif et le caractère temporaire.

Possesseur de bonne foi, je suis propriétaire vis-à-vis de tous, sauf un seul; s'il réclame dans un certain délai, mon droit s'évanouit. Il est donc susceptible de s'éteindre, la perpétuité n'est pas de son essence! L'obstacle qui s'opposait à l'efficacité des clauses résolutoires en ce qui touche la propriété civile, disparaît donc pour l'*in bonis*.

370. — Que devient sous Justinien cette propriété prétorienne dont nous venons d'indiquer les caractères?

Lorsque l'acquisition de l'*in bonis* (et non de la propriété quiritaire) résultait seulement dans l'ancien droit du mode de transport employé, ce qui arrivait par exemple lorsqu'on avait fait tradition d'une *res mancipi*, il est clair que sous Justinien l'on deviendra parfaitement propriétaire et qu'on pourra intenter l'action en revendication.

Justinien a, en effet, aboli le *nudum jus quiritium* et la distinction entre les *res mancipi* et *nec mancipi* [4].

Autrefois, l'adjudication dans un *judicium imperio continens* ne transférait que l'*in bonis* [5]. Sous Justinien cette distinction entre les instances est depuis longtemps supprimée.

L'aliénateur violenté conservait autrefois l'*in bonis*

4. L. *Unica*, C. *De nudo jure quir. tollendo*, 7, 25. — L. *Unica*. C. *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*. 7, 31.
5. Frag. Vat. § 47. — Inst. IV, 17, § 7. — L. 54, § 1. D. *Fam. ercis.*, 10, 2.

(voyez plus haut Chapitre XXII); sous Justinien, il conserve même la propriété civile, qui n'est plus ici distincte de l'*in bonis*.

De même celui dont le bien a été usucapé pendant son absence restera propriétaire sous Justinien, s'il se trouve dans les conditions favorables prévues par la L. 57, D. *Mandati*, 17, 1 (voyez plus haut, Chapitres XVI, XIX et XX.)

Par conséquent, il semble que l'on doive arriver à quelque chose de très net : il n'y a plus qu'un seul domaine de propriété ; tout propriétaire bonitaire est devenu propriétaire du droit civil, il jouit de la revendication, et la Publicienne reste exclusivement réservée aux acquéreurs de bonne foi *a non domino*.

Mais, il serait *a priori* très surprenant que l'on arrivât à un résultat aussi simple, dans une législation composée de pièces et de morceaux empruntés à l'ancien droit, et raccordés ensemble tant bien que mal par les compilateurs.

En réalité la question est un peu plus compliquée.

Sous Justinien, quelle est, par exemple, la situation de celui qui a reçu *a non domino* un abandon noxal ? De celui qui a obtenu contre un non propriétaire la *missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine* [6] ?

Dans l'ancien droit ces personnes avaient la Publicienne et la propriété bonitaire ; pourtant, avant l'usucapion, elles auraient dû céder la place au vrai propriétaire offrant de défendre à l'action noxale ou de fournir la caution *damni infecti* [7].

Dans le droit nouveau, les regardera-t-on comme propriétaires ou non ?

6. Voyez plus haut nos 3, 4, 127, 131, 157, 158, 173, 174.
7. L. 28, D. *De noxal. act.* 9, 4. — L. 19 pr. D. *De damno infecto*, 39, 2.

Ne voit-on pas que leur droit reste relatif, comme jadis, qu'elles ne sont pas propriétaires *erga omnes*, car leur droit s'efface vis-à-vis de l'ancien propriétaire ; elles ne l'emportent sur lui que s'il n'offre pas les satisfactions voulues ?

Leurs ayants-cause n'auront comme elles qu'un droit relatif.

De même dans le cas de spécification et les hypothèses analogues [8], si le spécificateur de bonne foi offre le prix de la matière, il est certainement propriétaire. Mais s'il ne l'offre pas, l'action réelle compète au propriétaire de la matière, pourvu qu'il offre le prix du travail. Dans ce cas, c'est lui qu'il faudra regarder comme *dominus*, du moins vis-à-vis du spécificateur, de ses créanciers, et de ses ayants-cause à titre gratuit, ainsi que nous l'avons vu. Si on le regarde comme propriétaire dans ces cas, voilà encore un droit de propriété ayant un caractère relatif.

Le donateur à cause de mort n'a aussi qu'un droit relatif; l'action réelle qui lui est donnée compète contre les mêmes personnes que celle du propriétaire de la matière dans le cas de spécification.

Enfin l'acheteur sous condition résolutoire, qui n'a pas encore payé son prix, a l'action réelle contre tout le monde y compris le vendeur, mais une fois la vente résolue, cette action ne lui compète plus. Dira-t-on que sa propriété s'éteint et retourne au vendeur ? Nous avons vu que cet acheteur n'avait pas réellement la propriété, ni la revendication ; l'action qu'on lui donnait, à l'époque classique, c'était la Publicienne.

371. — Sous l'ancien droit tout s'expliquait donc aisément ; mais sous Justinien en est-il de même ? Dans ces derniers cas, il ne s'agit point d'une acquisition *a non domino*, et si la Publicienne est désormais res-

8. Voyez plus haut Chapitre XXI.

treinte à cette hypothèse-là, ne faudra-t-il pas décider que la propriété du Bas-Empire a hérité du caractère éventuellement relatif ou temporaire de la propriété prétorienne ?

Dirons-nous au contraire que la propriété du Bas-Empire reste un droit absolu et perpétuel, mais que l'action en revendication, directe ou utile [9], peut cependant être accordée dans des cas spéciaux, contre certaines personnes, ou pendant un certain temps, à des individus *qui ne sont pas propriétaires?*

Pour résoudre ces difficultés il faut faire une distinction entre le caractère temporaire et le caractère relatif de la propriété prétorienne.

La propriété de Justinien a emprunté au *dominium* son caractère perpétuel : en principe elle ne saurait être tranférée *ad tempus*, ainsi que nous espérons l'avoir montré plus haut [10].

Mais si le principe n'est pas abrogé, il a été mitigé dans ses conséquences, en tant que cet adoucissement ne portait pas atteinte aux droits respectables acquis par les tiers.

En effet, les compilateurs ont conservé les textes qui attribuaient au donateur sous condition résolutoire [11] la Publicienne [12], autrement dit l'action réelle utile [13] ; cette action ne réussissait que contre le donataire et certains de ses ayants-cause.

Elle a passé dans le droit de Justinien sans que ses effets aient été le moins du monde modifiés.

9. Peu importe à cette époque, voyez plus haut n° 317 *in fine*. Il n'y a plus, comme autrefois, une différence de formule entre l'action directe et l'action utile, voyez plus haut n° 289. *Sous Justinien* il est donc vrai de dire que l'action utile diffère de l'action directe seulement en cela qu'elle est donnée à une personne qui n'y aurait pas droit d'après les principes.

10. Nos 304 à 318.

11. Et à certains donateurs *sub modo*, en supposant dans l'acte une condition résolutoire tacite. Voyez plus haut nos 331 à 333.

12. L. 29, D. *De m. c. don.*, 39, 6.

13. L. 1. C. *De don. quæ sub modo*, 8, 55,

De là résulte que, comme dans l'ancien droit, le donataire à cause de mort à qui la propriété a été transférée sous condition résolutoire, peut valablement grever la chose de droits réels perpétuels, autres que l'hypothèque, l'aliéner pour toujours par des actes à titre onéreux, passés avec des tiers de bonne foi, la mettre hors du commerce, etc. Les textes conservés par Justinien le démontrent.

L'*actio in rem* accordée au donateur ne produit pas plus d'effets sous Justinien que du temps d'Ulpien ; elle réussira contre le donataire et ses ayants-cause à titre gratuit, elle assurera au donateur un droit de préférence à l'encontre des créanciers du donataire, mais voilà tout.

Il s'agit donc ici, non pas d'un retour de propriété, mais d'une revendication *utile* n'ayant pas des effets plus étendus que la Publicienne de l'ancien droit ; la fusion des deux actions, Publicienne et revendication (voyez Chapitre XVIII), enlève à ce résultat tout caractère choquant.

C'est là une disposition toute spéciale au donateur *mortis causa*, et dont nous avons expliqué les motifs équitables : il a mis gratuitement une valeur dans le patrimoine du donataire et doit donc être préféré, sur cette valeur, aux créanciers du donataire qui ne devaient pas compter sur ce bien ; il l'emporte d'ailleurs sur les ayants-cause à titre gratuit parce que ces derniers cherchent à garder un gain, tandis que le donateur lutte pour éviter une perte.

Les mêmes motifs ne seraient pas applicables au vendeur à réméré, par exemple, qui, ayant touché le prix, a par suite transféré la propriété. Il n'a pas mis gratuitement la chose dans le patrimoine de l'acheteur, il en possède la contre-valeur, sa situation est bien moins favorable, et comme déjà la solution donnée

par Ulpien pour le donateur souffrait difficulté [14], il n'y a pas lieu de l'étendre à une personne bien moins digne d'intérêt.

L'action *in rem* que le droit de Justinien conserve au profit de l'aliénateur sous condition résolutoire, doit donc être restreinte aux cas expressément prévus par les textes, c'est-à-dire aux hypothèses de donation. Elle ne réussit que contre les personnes à l'égard desquelles elle était efficace dans l'ancien droit.

Elle n'implique aucun retour de la propriété, aucune transmission *ad tempus*, ce qui entraînerait l'annulation sans exception de tous les actes de disposition accomplis par l'acquéreur. Or, nous l'avons vu, les textes conservés par Justinien démentent absolument cette solution.

Quant à l'acheteur sous condition résolutoire qui n'a pas payé son prix, il n'est pas plus propriétaire sous Justinien que sous l'ancien droit, et la revendication utile [15] qui lui est accordée n'implique en aucune façon un droit de propriété.

La revendication de l'ancien droit impliquait nécessairement la propriété quiritaire de celui à qui compétait cette action ; il n'en est pas de même sous le Bas-Empire, parce que sous l'expression de revendication, les compilateurs comprennent non seulement la revendication directe mais encore la revendication utile.

Sous l'ancien droit l'acheteur, tant que la vente n'était pas résolue, avait la Publicienne, c'est-à-dire une revendication utile, et comme cette action était efficace contre tout le monde sans en excepter même le vendeur, les compilateurs n'ont pas hésité à ranger les textes qui en parlaient sous la rubrique de la revendication, ainsi que nous l'avons dit au nº 317.

14. « *Potest defendi* » L. 29, D. *De m. c. don.*, 39, 6.
15. Voyez plus haut nº 317.

Toutefois, cette revendication n'est qu'une action *utile*, donnée, non pas *parce que* l'acheteur est propriétaire, mais au contraire *bien qu'il ne le soit pas*.

Cette revendication utile n'implique donc pas chez l'acheteur le droit de propriété qui reste aux mains du vendeur, et par conséquent le refus de cette action à l'acheteur après la résolution de la vente n'implique pas non plus que sa propriété retourne au vendeur, puisque cette propriété n'a jamais cessé de résider sur la tête de ce vendeur.

Même sous Justinien, un acheteur sous condition résolutoire *qui aurait payé son prix* serait parfaitement propriétaire, et le vendeur n'aurait contre lui que des actions personnelles [16].

Ainsi la propriété de Justinien n'est pas plus transmissible *ad tempus* que le *dominium* de l'ancien droit; mais une action en revendication *utile*, efficace contre certaines personnes seulement, est donnée, dans des cas limitativement déterminés, à l'aliénateur sous condition résolutoire [17].

Les commentateurs du moyen âge et leurs successeurs s'y sont trompés.

Faute de bien connaître les transformations de la procédure civile romaine, qui expliquent tant de choses, ils ont vu dans les solutions des textes un retour de la propriété par l'effet de la condition résolutoire, ils ont admis que son arrivée rendait à l'aliénateur la propriété franche et quitte de tous les droits réels consentis par l'acquéreur.

Cette théorie n'a jamais été celle des Romains; elle présente des inconvénients pratiques que nous avons signalés.

16. L. 2. C. *De pactis inter empt.*, 4, 54.

17. Cette même revendication utile est aussi donnée, dans les mêmes conditions, au propriétaire de la matière spécifiée, et dans les cas analogues (*supra* Chapitre XXI, nos 245 et s.).

Ces inconvénients sont si grands que le législateur a été forcé chez nous de les pallier en prescrivant la publicité de la condition résolutoire dans le cas le plus important en pratique, la résolution pour défaut de paiement du prix des ventes immobilières, et en refusant tout effet *réel* à la condition restée occulte [18].

En droit romain, au contraire, l'action réelle n'était pas donnée à l'aliénateur sous condition résolutoire contre tout le monde, mais seulement contre les personnes auxquelles il était équitable de le préférer. Ainsi, ce qui s'opérait à son profit, c'était un retour de la propriété *prétorienne* ; et grâce au caractère relatif que cette propriété revêt parfois, on n'était pas forcé de regarder cet aliénateur comme propriétaire *erga omnes,* on pouvait sauvegarder les intérêts si respectables des tiers.

372. — La propriété, du temps de Justinien, est-elle un droit absolu, existant *erga omnes* ou pas du tout, comme l'ancien *dominium ?* A-t-elle au contraire emprunté le caractère relatif que pouvait revêtir la propriété prétorienne ?

Pour résoudre cette seconde question, il faut se souvenir que, par suite de l'abolition des formules, toute différence entre la Publicienne et la revendication a disparu ; il n'y a plus qu'une seule action, la *revendication-publicienne*, dans laquelle, selon la situation du défendeur, on exigera du demandeur une preuve plus ou moins complète, plus ou moins rigoureuse, de son droit [19].

Sous Justinien en effet il ne serait pas possible de déterminer, avant les débats et la sentence, si telle action intentée est la revendication ou la Publicienne.

Tel croyait pouvoir prouver sa propriété, qui, au

18. Code de Procédure civile, art. 717. — Loi du 23 mars 1855, art. 7.
19. Voyez plus haut Chapitre XVIII.

jour des plaidoiries, voit sa preuve lui échapper des mains ; il ne réussit qu'à montrer son juste titre. Le juge s'en contentera pourtant et lui adjugera la chose litigieuse toutes les fois que la Publicienne aurait réussi dans l'ancien droit ; il importera peu que le demandeur ait qualifié son action du nom de revendication.

Par conséquent les anciens principes sont modifiés au point de vue de la preuve imposée au demandeur.

Toute revendication comprenant une Publicienne, et toute Publicienne étant une revendication, il en résulte que si le défendeur n'a pas de titre, il suffira au demandeur de prouver qu'il a reçu tradition ou pris possession sans vices, *ex justa causa,* pour gagner son procès. Si le défendeur invoque un titre émané du même auteur que celui du demandeur, ce dernier triomphera encore en prouvant l'antériorité de la tradition par lui reçue. Par conséquent on ne sera obligé de prouver sa propriété pour obtenir gain de cause, que si l'adversaire invoque un titre émané d'une autre personne, s'il n'y a, en un mot, aucun auteur commun.

La preuve complète de la propriété est d'ailleurs devenue bien plus difficile à l'époque de Justinien, que sous l'ancien droit où une possession d'un ou de deux ans suffisait pour fonder l'usucapion : une possession si courte se prouvait aisément.

Mais, sous Justinien, il faut vingt ans entre absents pour assurer la prescription ; encore est-elle suspendue en faveur de diverses personnes; la preuve devient ainsi tellement difficile à fournir qu'on a pu avec raison l'appeler diabolique.

De là découle la nécessité de se contenter des présomptions de propriété résultant d'un juste titre d'acquisition; de là l'idée de faire triompher non pas seulement

celui qui justifie absolument sa prétention, ce qui sera rare, mais celui qui réussit à montrer qu'il a un droit meilleur, un droit préférable à celui de l'adversaire.

En pratique la propriété devient donc un droit relatif, puisqu'on pourra, suivant les cas, être proclamé propriétaire contre un défendeur déterminé, et échouer plaidant contre un autre.

Par suite, la question de savoir si la propriété de Justinien est un droit absolu ou relatif, se résout par une distinction très simple entre la théorie et la pratique :

Théoriquement, la propriété du Bas-Empire emprunte le caractère absolu du *dominium ex jure quiritium :* elle existe *erga omnes*, ou bien elle n'existe point !

Mais, sur le terrain de la pratique, la scène change. Pratiquement, celui-là est propriétaire qui peut, par l'action réelle, reprendre sa chose aux mains d'un tiers possesseur. Or, comme on n'exige pas du demandeur la démonstration catégorique de sa propriété, comme on ne réclame de lui que la preuve d'un droit supérieur à celui de son adversaire, comme les effets du succès sur la Publicienne ou sur la revendication sont identiques, et comme enfin il n'y a plus de différence de forme entre ces deux actions, il en résulte fatalement qu'au point de vue de la pratique la propriété sous Justinien est devenue un droit relatif, assuré de la victoire contre telle personne, courant à une défaite certaine s'il est opposé à telle autre.

Telle est, en pratique, la revendication du droit romain dans son dernier état, mélange de l'ancienne *vindicatio* civile et de la *Publicienne* du préteur.

C'est cette action-là que notre ancienne jurisprudence a connue, c'est elle par conséquent que les rédacteurs de nos codes ont entendu maintenir, puisqu'ils ont gardé le silence à son sujet, et n'ont manifesté ni di-

rectement ni implicitement l'intention de rien changer aux principes traditionnels.

Les choses sont donc restées en l'état où elles étaient dans la dernière phase du droit romain : la propriété, droit absolu en théorie, prend nécessairement en pratique un caractère relatif.

Nous verrons tout à l'heure que cette différence entre la théorie et la pratique subsiste encore de nos jours ; que la jurisprudence actuelle, sans méconnaître le caractère absolu de la propriété, n'exige, en pratique, du demandeur en revendication, que la preuve d'un droit meilleur, d'un droit préférable à celui de son adversaire.

373. — La revendication de notre ancien droit conserva, sans aucune modification, les caractères que présentait cette action dans le dernier état du droit romain.

Pothier (*Traité du droit de domaine de propriété*, n° 323) expose en ces termes la pratique de son temps :

« Le demandeur en revendication, pour qu'il puisse obtenir en sa demande, est obligé de la fonder par le rapport de quelque titre de propriété de l'héritage ou de la rente qu'il revendique.

» On appelle titre de propriété tous les titres qui sont de nature à faire passer d'une personne à une autre la propriété d'une chose : *causæ idoneæ ad transferendum dominium*.

» Par exemple un contrat de vente de l'héritage ou de la rente revendiquée, faite au demandeur, ou à celui de qui il justifie être le successeur, avant que le possesseur contre qui la demande est donnée eût commencé de posséder cette chose, est un titre qui peut servir à fonder la demande du demandeur.

» Il en est de même d'un contrat d'échange, ou de bail à rente, ou de donation : il en est de même d'un acte par lequel la chose revendiquée aurait été donnée

en paiement au demandeur en revendication, ou à son auteur; et il en est de même d'un acte, par lequel le demandeur, ou son auteur, aurait été saisi d'un legs qui lui aurait été fait de cette chose.

» Un acte de partage, par lequel il paraît que la chose revendiquée est échue au demandeur de la succession de quelqu'un de ses parents, est aussi un titre qui peut servir à fonder sa demande.

» Lorsque le possesseur contre qui la demande est donnée établit que sa possession est antérieure au titre que je produis pour fonder ma demande en revendication, quoiqu'il ne rapporte d'ailleurs de son côté aucuns titres, ce titre, que je produis, n'est pas seul suffisant pour fonder ma demande, à moins que je ne produise d'autres titres plus anciens, qui justifient que celui, qui par le contrat que je produis m'a vendu ou donné l'héritage qui fait l'objet de ma demande en revendication, en était effectivement le propriétaire: car je ne puis pas me faire un titre en me faisant passer une vente ou une donation d'un héritage que vous possédez, par une personne qui ne le possède pas; vous êtes, par votre seule qualité de possesseur, présumé être le propriétaire de l'héritage, plutôt que celui qui me l'a vendu, qui ne le possédait pas, et du droit duquel on ne peut rien justifier.

» Mais lorsque le titre que le demandeur en revendication produit, est antérieur à la possession de celui contre qui la demande est donnée, lequel de son côté n'en produit aucun, ce titre est seul suffisant pour fonder sa demande. Celui qui, par ce titre, a vendu ou donné au demandeur, ou à l'auteur du demandeur, l'héritage revendiqué, est suffisamment présumé en avoir été le possesseur et le propriétaire, et lui en avoir fait passer la possession et la propriété.

» Il y a plus. Quand même il serait constant que celui,

qui, par le titre que je produis m'a vendu ou donné l'héritage que je revendique n'en eût pas été le propriétaire si je l'ai acquis de bonne foi, ayant eu sujet de croire que celui, qui me vendait ou me donnait cet héritage dont je le voyais en possession, en était le propriétaire, ce titre sera seul suffisant pour fonder ma demande en revendication contre le possesseur, qui ne rapporte de son côté aucun titre. Il est vrai que je ne suis pas réellement propriétaire de la chose que je revendique, celui qui me l'a vendue ou donnée n'ayant pu me transférer un droit de propriété qu'il n'avait pas lui-même, et qu'en conséquence je ne puis avoir *actionem in rem directam*, mais j'ai *actionem in rem utilem*, *seu publicianam*, que celui qui a perdu la possession d'une chose qu'il possédait de bonne foi, a contre celui qui se trouve en être en possession sans titre, comme nous l'avons vu *supra* n° 292 [20] ».

« Lorsque le demandeur en revendication, et le possesseur, contre qui l'action est donnée, produisent chacun de part et d'autre un titre d'acquisition, ou ils ont acquis l'un et l'autre de la même personne, ou ils ont acquis de différentes personnes.

» Au premier cas, lorsque le demandeur et le défendeur produisent chacun de leur côté un titre d'acquisition de l'héritage qu'ils ont faite l'un et l'autre de

20. Pothier, *op. cit.* n° 292 : « Quoique régulièrement l'action en revendication d'une chose n'appartienne qu'à celui qui en est le propriétaire, on l'accorde néanmoins quelquefois à celui qui n'en est pas le propriétaire, mais qui était en chemin de le devenir, lorsqu'il en a perdu la possession.

» Car si celui qui possédait de bonne foi, en vertu d'un juste titre, une chose dont il n'était pas propriétaire, en a perdu la possession avant l'accomplissement du temps requis pour la prescription, il est reçu, quoiqu'il ne soit pas propriétaire de cette chose, à la revendiquer *par l'action de revendication,* (nous soulignons ces expressions de Pothier, elles sont d'une exactitude parfaite) contre ceux qui se trouvent la posséder sans titre.

» Cette action est celle qui est appelée en droit *actio publiciana.* Elle est fondée sur l'équité, qui veut que celui qui était le juste possesseur d'une chose, et qui, quoiqu'il ne fût pas encore le propriétaire, était en chemin de le devenir, soit préféré pour avoir cette chose, lorsqu'il en a perdu la possession, à un usurpateur qui s'en est mis injustement en possession. »

la même personne ; quand même il ne serait pas établi que cette personne, de qui ils prétendent avoir acquis l'un et l'autre l'héritage, en eût été le propriétaire, elle est présumée l'avoir été, et celui qui a été mis le premier par elle en possession de l'héritage qui fait l'objet de l'action en revendication, doit être réputé avoir acquis d'elle la propriété de l'héritage, et obtenir sur l'action en revendication. L. 9, § 4, D. *De Publiciana*, 6, 2. » (Voyez ci-dessus nos 220 et s.).

« Au second cas, lorsque tant le demandeur que le défendeur produisent, chacun de leur côté, un titre d'acquisition qu'ils ont faite de personnes différentes, sans que l'un puisse établir plus que l'autre que la personne, de qui il a acquis, fût le propriétaire de l'héritage, les Proculéiens pensaient même dans ce cas qu'on devait pareillement préférer celui qui avait le titre le plus ancien, et avait été mis le premier en possession de l'héritage, comme nous l'apprenons de Nératius qui était de cette école. L. 31, § 2, D. *De act. empti*, 19, 1. » (Voyez plus haut nos 220 et s.).

« L'opinion contraire des Sabiniens, qui décident, en ce cas, pour celui qui se trouve en possession de l'héritage, a prévalu. C'est ce que nous apprenons de la L. 9, §4, D. *De Publiciana*, 6, 2, ci-dessus citée, où Ulpien rapporte le sentiment de Julien. » (Voyez plus haut nos 220 et s.). « Cette décision est fondée sur cette règle : *In pari causa melior est causa possidentis.* »

Ainsi, sous notre ancien droit, et sans distinction entre les pays de droit écrit et ceux de coutumes, c'était un principe reconnu par la jurisprudence et les auteurs, que le demandeur en revendication n'est pas toujours obligé de prouver son droit de propriété ; la revendication, telle qu'elle existait chez nous avant le Code civil, était restée absolument semblable à celle du droit de Justinien.

CHAPITRE XXVIII

De la revendication et de la Publicienne en droit français.

374. Plan de ce chapitre. — 375. Exposé des différentes opinions : *Premier système.* Point de modification au droit ancien. — 376. *Second système* (Aubry et Rau, jurisprudence). Il s'agit de savoir quelles preuves doit fournir, selon les cas, le revendiquant. — 377. Première hypothèse : le demandeur a un titre et le défendeur n'en a pas. — 378. Deuxième hypothèse : les deux parties ont des titres : 1° émanés du même auteur; 2° de deux auteurs différents. Examen critique des diverses opinions. — 379. Troisième hypothèse : les parties ne produisent aucun titre. Distinction de la jurisprudence. — 380. *Troisième système.* Il exige dans tous les cas la preuve positive de la propriété du demandeur. — Citation de M. Montagne. — 381. Réfutation du système de Laurent. L'art. 1315 ne saurait être appliqué à la preuve de la propriété. En matière de revendication, l'adage *actori incumbit onus probandi* doit être interprété aujourd'hui comme il l'a toujours été jusqu'au Code civil. — 382. En défintive la loi est muette et, dans le silence des textes, il est légitime d'appliquer les principes romains reçus et pratiqués chez nous jusqu'au Code Civil. Les rédacteurs du Code nous y autorisent eux-mêmes. Avantages du maintien intégral des anciens principes. — 382 *bis.* Toutes les solutions de la jurisprudence actuelle peuvent se justifier en faisant appel aux principes de la Publicienne, c'est-à-dire à la tradition historique; en effet, les présomptions de propriété invoquées par les arrêts ne sont que des présomptions de possession. La jurisprudence se serait donc placée sur un terrain plus solide en invoquant le silence du Code et la tradition historique. — 383. Même en faisant abstraction de la tradition historique, et en n'invoquant que le Code, la plupart des solutions jurisprudentielles peuvent se justifier. Les faits de possession suffisante pour prescrire pouvant être prouvés par témoins, admettent aussi la preuve par présomptions de l'homme; par conséquent, pour justifier la plupart des arrêts il suffit de substituer l'idée : « *présomptions de prescription* » à celle de *présomptions de propriété* admise par ces arrêts. La preuve de la prescription par des présomptions de l'homme, doit d'ailleurs être admise avec plus de facilité à mesure que la preuve testimoniale devient plus difficile. C'est ce qui arrive pour les faits de possession accomplis, non par le plaideur actuel, mais par son auteur. — 384. Application de ces idées aux trois hypothèses prévues ci-dessus. — 385. Critique des doctrines qui font table rase de la tradition historique. Justification de sa légitime autorité, particulièrement en ce qui touche la Publicienne.

374. — Nous arrivons à la question de la Publicienne en droit français ; ce sujet a été déjà exposé par des auteurs éminents avec presque tous les développements qu'il comporte. Nous nous proposons, après avoir rappelé les opinions qui se sont fait jour, d'insister sur les solutions de la jurisprudence. Nous essaierons de montrer qu'on serait arrivé aux mêmes résultats, et qu'on les eût peut-être plus fortement justifiés, en s'appuyant uniquement sur les principes de la Publicienne, demeurés en vigueur même sous le Code civil. Enfin nous nous demanderons s'il n'est pas possible, même en faisant abstraction de la tradition historique, de justifier les règles posées par la jurisprudence en matière de revendication immobilière.

375. — Premier système. — On a tout d'abord soutenu que la Publicienne subsistait dans notre droit au profit du possesseur de bonne foi avec juste titre, c'est-à-dire, exactement dans les conditions où elle existait en droit romain [1].

Ce système s'appuie sur la tradition historique, corroborée par des motifs d'équité. Nous l'adopterons en principe, sous le bénéfice de certaines observations qui vont être présentées tout à l'heure.

Subsidiairement, nous nous rallierons au second système, celui de la jurisprudence, en essayant de l'appuyer sur des motifs un peu différents de ceux qui ont

1. *Sic :* Troplong, *De la vente*, t. I, n° 235, et *Prescription* I, n° 230. — Duranton IV, 233 et s. — Delvincourt, t. VI, n° 21. — Merlin, *Répertoire*, V° Revendication, § II, n° 3. — Demolombe, IX, 481. Il est intéressant de reproduire ici les expressions dont se sert Troplong, *Prescription*, *loc. cit.* « Le possesseur de bonne foi qui vient à perdre la possession de la chose a l'action Publicienne, analogue à l'action de revendication, pour obtenir d'être rétabli dans la jouissance de cette chose détenue par un possesseur dont le titre est moins coloré que le sien. On suppose que le possesseur a une propriété appelée, en droit romain, *publicienne* [Troplong a voulu dire sans doute *prétorienne*] c'est-à-dire une quasi-propriété, une propriété présumée, qui doit prévaloir tant que la vraie propriété n'est pas reconnue. » — Troplong, on le voit, reconnaît parfaitement que le droit du possesseur de bonne foi, bien qu'opposable à certaines personnes seulement, n'en est pas moins une sorte de propriété.

été invoqués en sa faveur par les auteurs ou les arrêts.

Les adversaires de cette première doctrine, partisans du second système, repoussent l'autorité de la tradition historique en faisant remarquer que la Publicienne ne peut plus exister dans notre droit avec des caractères identiques à ceux qu'elle avait en droit romain. Elle exigeait la bonne foi, parce que la bonne foi était nécessaire pour acquérir par usucapion. Mais chez nous, la prescription trentenaire pouvant s'opérer au profit de posseseurs de mauvaise foi, si on n'accordait la Publicienne qu'aux acquéreurs de bonne foi, on ne la donnerait pas à tous les possesseurs *in via usucapiendi;* les deux institutions, la prescription et la Publicienne, ne marcheraient plus parallèlement l'une à l'autre.

Cet argument ne nous semble pas décisif. D'abord, en admettant qu'il y aurait des inconvénients pratiques à n'accorder au possesseur qui ne produit aucun titre que la protection des actions possessoires, il ne serait pas réduit à ce seul secours, même en adoptant le premier système. S'il ne réussit pas à prouver directement une possession trentenaire, on pourra encore admettre en sa faveur des présomptions de l'homme tendant à rendre probable cette possession de trente ans, alors surtout qu'il se trouvera en face d'un adversaire qui n'a pas une possession utile pour prescrire. Voyez sur ce point ce que nous dirons plus bas nº 383.

Enfin, l'esprit de la législation romaine étant d'attribuer la Publicienne à toute personne *in via usucapiendi,* nous resterons fidèles à l'esprit de la tradition historique en attribuant cette action au possesseur sans titre, s'il a eu d'ailleurs une possession utile pour prescrire, puisque, de nos jours, on peut prescrire sans titre.

Il y aurait lieu toutefois de préférer au possesseur

sans titre celui qui en peut produire un. Nous ne sommes pas ici en présence de deux personnes ayant un droit égal, cas dans lequel le défendeur doit toujours l'emporter, comme cela a lieu en droit romain pour deux acquéreurs de bonne foi *a diversis non dominis*.

Le droit à la prescription du possesseur muni d'un acte d'acquisition est beaucoup plus fort que celui du possesseur sans titre ; le premier usucapera (entre présents) par un délai trois fois moindre ; il pourra invoquer la possession de ses auteurs, ce qui n'est pas possible au possesseur sans titre.

Par conséquent nous ne nous écarterions pas de la voie tracée par la tradition historique, nous nous bornerions à la continuer dans la même direction, en préférant, sous le droit actuel, l'acquéreur muni d'un titre, au possesseur qui n'en peut invoquer aucun.

Comme on n'aliène guère ce qu'on ne possède pas, un acte d'acquisition doit d'ailleurs faire présumer, sauf preuve contraire, que l'aliénateur avait la possession au temps de l'acte, et l'a transmise à l'acquéreur.

376. — Deuxième système. — « La question », disent MM. Aubry et Rau, « doit se poser autrement chez nous. Elle se réduit à une simple question de preuve, à celle de savoir quelles sont, dans telles circonstances données, et eu égard à la position du défendeur, les justifications à faire par le demandeur en revendication [2] ».

Il convient de remarquer que ce système se rapproche beaucoup plus du droit romain que les auteurs cités ne semblent le croire. C'est tout à fait dans ces termes-là que la question se posait à l'époque de Justinien, alors que la Publicienne et la revendication ne différaient plus en la forme. Il s'agissait, alors comme

2. Aubry et Rau, § 219, 1° — Voyez surtout une note très développée sous Cassation 27 décembre 1865, Dalloz, 65, 1, 5.

aujourd'hui, de déterminer la nature et l'étendue des preuves à fournir, selon les cas, par le demandeur revendiquant.

A l'appui de ce système on fait remarquer que la loi garde le silence sur les éléments constitutifs de la preuve du droit de propriété ; qu'ainsi elle ne détermine point de quelle manière cette preuve doit être administrée. Par conséquent il faut avoir recours à des considérations d'équité, dont la valeur est d'ailleurs corroborée par une tradition historique constante et par les nécessités de la pratique.

En effet, dans l'état de la propriété immobilière en France, il serait impossible en pratique d'exiger du demandeur la preuve parfaite de la propriété, c'est-à-dire de lui imposer l'obligation de démontrer qu'il a usucapé par lui-même ou par ses auteurs, car les divers actes d'acquisition successive qu'il pourrait produire ne prouveront jamais qu'il soit propriétaire ; resterait à montrer que l'aliénateur avait la propriété ; il faudrait donc toujours en arriver à la prescription. Or, le délai de la prescription est très long, d'ailleurs elle peut être suspendue par des causes assez nombreuses ; dès que l'on remonte un peu haut, les éléments de preuve font le plus souvent défaut.

D'un autre côté, les transformations du sol, les démembrements de la propriété immobilière qui se subdivise et se reconstitue au moyen de parcelles d'origines très variées, créent souvent d'inextricables complications, en telle sorte que beaucoup de propriétaires véritables se verraient dépouillés de leur droit, si, dès qu'ils ont perdu la possession annale, on les obligeait à rapporter la preuve complète de leur propriété.

Dès lors, dans le silence de la loi, il fallait bien admettre qu'à défaut de preuve directe les tribunaux sont autorisés à s'inspirer de simples indices, et à donner

l'avantage à celui des deux plaideurs en faveur duquel militent les plus fortes présomptions de propriété.

C'est ainsi qu'on en est venu au système jurisprudentiel dont voici les principaux traits :

377.— *Première hypothèse:* Le demandeur a un titre et le défendeur n'en a pas.

« Dans ce cas », disent MM. Aubry et Rau, « le revendiquant doit être considéré comme justifiant suffisamment de son droit de propriété pourvu que son titre soit antérieur à la possession du défendeur. Dans ce cas en effet, et au point de vue des rapports des parties engagées dans le litige, la possession récente du défendeur ne peut guère être envisagée que comme une usurpation commise au préjudice du demandeur.[3] »

« Au cas contraire, il devrait, pour faire admettre sa demande, prouver le droit de propriété de son auteur au moyen d'une justification analogue à celle qui vient d'être indiquée, c'est-à-dire en produisant le titre de ce dernier, et en prouvant que ce titre est d'une date antérieure à la possession du défendeur [4]. »

Cette solution ne s'écarte pas sensiblement de la tradition historique. Nous avons vu en effet, à la fin du n° 376, qu'en appliquant au droit moderne l'idée essentielle de la Publicienne, on arrive à préférer l'acquéreur avec juste titre, bien que, de nos jours, le possesseur sans titre lui-même puisse usucaper.

3. Aubry et Rau, 3e éd.§ 219, note 6.

4. Voyez en ce sens : Cassation, 22 juin 1864, D. 1864, I, 412 — S. 1864, I, 349. — Rouen, 1er février 1865, D. 1866, II, 171. — S. 1866, II, 180 ; (voyez les principaux considérants de cet arrêt plus bas, note 17). — Cass. 27 décembre 1865, S. 1866, I, 205. — D. 1866, I, 5, et la note contenant une dissertation très complète sur toute la question. — Aix, 29 fév. et 16 mars 1872, S. 1873, II, 49 (il y a sous cet arrêt une note de M. Naquet résumant en somme le système de Laurent, voyez plus bas n° 380) ; D. 74, II, 49. — Bordeaux, 18 décembre 1879. S. 80, II, 109. — Pau, 8 mai 1872. S. 73, II, 79 ; D. 73, I, 231. — Cass. 20 juillet 1874, S. 74, I, 363. — Bordeaux, 6 avril 1883, S. 83, 2, 148. — Req. rej. 23 janvier 1884, S. 1884, 1, 152. Voyez encore *infra* n° 379, note 12, 2e alinéa *in fine*.

378. — *Deuxième hypothèse :* Le défendeur produit aussi un titre.

Je n'ai point trouvé, dans les Recueils, de document de jurisprudence applicable à ce cas, mais les auteurs, suivant l'exemple de Pothier, font une distinction :

1° Si les titres émanent de la même personne, on donne la préférence au titre le plus ancien ; depuis la loi du 23 mars 1855 au titre qui a été transcrit le premier [5]. Les deux parties sont donc traitées comme s'il était hors de doute que leur auteur avait la propriété. On va plus loin ; on donne la même solution dans le cas où le défendeur prouverait positivement que la personne dont le demandeur et lui tiennent leur titre n'était pas propriétaire [6].

Remarquons toutefois que cette dernière hypothèse n'est guère pratique. En général, le défendeur ne pourra prouver que l'auteur commun n'était pas propriétaire, qu'en démontrant que la propriété appartient à un tiers. Ce serait bien imprudent, car ce tiers n'aura alors qu'à utiliser la preuve qu'on a bénévolement faite pour lui, pour revendiquer avec succès contre l'une quelconque des parties en cause, et jouer ainsi, mais en tout bien tout honneur, le rôle de troisième larron.

2° Si au contraire les deux parties tiennent leur titre d'auteurs différents, on se divise :

Les uns [7], suivant la doctrine de Julien et d'Ulpien (L. 9, § 4, D., *h. t.*), font triompher le défendeur en vertu de la maxime : *in pari causa melior est causa possidentis.*

Cependant les auteurs cités font exception à ce prin-

5. Aubry et Rau II, § 219, quatrième édition, texte et note 9. — Note de Dalloz, 1866, I, 5.

6. Dalloz. 1866, I, 5, note. — On applique donc ici le principe posé en matière de Publicienne par les L. 9, § 4 D. *h. t.* et 31, § 2 D. *De act. empti*, 19, 1.

7. Aubry et Rau, II, § 219 texte et note 10, quatrième édition.

cipe lorsque le demandeur établit que son auteur l'eût emporté sur celui du défendeur dans le cas où la contestation se serait élevée entre ces derniers : on invoque ici la règle: *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.*

Pour préciser les idées, prenons un exemple :

Primus a vendu à *Secundus* en 1880, *Secundus*, à *Tertius* en 1883.

D'un autre côté *Pierre* a vendu le même immeuble à *Paul* en 1882, et *Pierre* n'avait pas le titre ; sa possession ne remontait pas d'ailleurs au delà de 1881.

Si *Tertius* revendique contre *Paul*, il triomphera, d'après MM. Aubry et Rau, car son auteur *Secundus*, qui avait un titre, l'aurait emporté sur *Pierre*, auteur du défendeur *Paul*, puisque *Pierre* n'avait point de titre et que sa possession était postérieure au titre de *Secundus*.

Il faudrait, dans ce système, décider aussi, ce nous semble, que si le demandeur prouvait qu'il l'eût emporté sur l'auteur du défendeur, il devrait gagner son procès ; exemple :

Le demandeur *Secundus* a acquis de *Primus* en 1884, et le défendeur *Paul* de *Pierre* en 1887. Or, le demandeur prouve qu'au moment de son acquisition (1884), *Pierre*, l'auteur du défendeur, ne possédait pas. Donc, dira *Secundus*, si j'eusse revendiqué contre Pierre qui possédait en 1887, date de votre acquisition, je l'aurais emporté, car j'avais un titre, et lui n'avait ni titre ni possession *antérieure à mon titre.*

Mais il nous semble que les partisans de cette doctrine ne justifient pas suffisamment les restrictions qu'ils apportent au principe posé par la L. 9, § 4, D. *h. t.*

On restera fidèle à la tradition historique en déclarant qu'en cas de titres émanés d'auteurs différents le possesseur doit toujours l'emporter, on pourra dire

que les rédacteurs du code n'ont pas entendu modifier cette tradition.

Ceux qui rejettent la tradition historique (voyez plus bas, troisième système) donneront aussi cette solution par un autre motif : à savoir que le demandeur, ne justifiant pas de son droit, doit être débouté. Mais, modifier la solution romaine en y apportant des restrictions, remonter aux auteurs des parties, c'est, il nous semble, tomber complètement dans l'arbitraire, et naviguer sans boussole. Tout au moins la solution ne se trouve plus alors suffisamment justifiée.

Les raisons qu'on invoque ne satisfont point. Parce que j'aurai triomphé de votre auteur, ou mon auteur du vôtre, cela prouve-t-il que je doive triompher de vous ? L'acquisition d'un titre modifie la situation. Un possesseur sans titre ne pourrait revendiquer, s'il perdait sa possession, et si un tiers l'acquérait ; qu'il aliène, et son acquéreur dépossédé pourra revendiquer, comme il a été dit ci-dessus (première hypothèse); il a donc plus de droits que son auteur.

A l'argument du demandeur, (à savoir que ce demandeur eût triomphé de l'auteur du défendeur) le défendeur peut répondre qu'il importe peu qu'on eût triomphé de son auteur, qu'il a plus de droits que cet auteur, puisque cet auteur n'avait point de titre, tandis que lui, défendeur actuel, en a un. Au point de vue de la bonne foi, par exemple, la situation est changée. Le titre fait supposer la bonne foi qui, autrement, reste douteuse. Le titre permettra au possesseur de prescrire par dix ans, d'invoquer la possession de son auteur, avantages auxquels ne peut prétendre le possesseur sans titre.

B) D'autres [8], suivant l'opinion de Nératius [9], con-

8. Dalloz, 66, I, 5, note.
9. L. 31, § 2, D. *De act. empti*, 19, 1.

sultent la date des titres, même dans le cas où les deux parties ont des auteurs différents. Il n'y aurait pas d'ailleurs à se préoccuper ici de la date des transcriptions, cette formalité n'ayant d'importance qu'entre acquéreurs tenant leur droit d'un auteur commun.

En l'absence d'une preuve certaine de propriété, dit-on, on est toujours dans le domaine des présomptions, soit que les deux parties s'arment de titres d'une origine commune, soit que le débat s'engage entre les titres du demandeur et la seule possession du défendeur, soit que le demandeur et le défendeur invoquent des titres d'origine différente. Celle des parties qui justifiera que son droit existait chez elle avant de naître chez l'autre, sera déclarée propriétaire, sans qu'on ait à se préoccuper du fait de la possession actuelle, fait qui n'est décisif que dans le seul cas où le revendiquant ne produit aucun titre [10].

« Pour que l'acte produit par le défendeur », dit l'annotateur de Dalloz (1866, I, 5) « lui fournisse un secours que sa possession ne peut lui procurer, il est nécessaire, cela est manifeste, que cet acte ne soit pas affecté du même vice que la possession elle-même. L'argument de date apparaît donc de nouveau. Le titre du défendeur est-il antérieur à celui du demandeur, il aura la même force qu'une possession antérieure; est-il postérieur, il n'aura pas plus d'efficacité qu'une possession postérieure. Même en se joignant à elle, il ne lui apporte aucun appui.

» Les dates respectives des titres doivent donc être ici consultées, comme elles le seraient si les titres émanaient de la même personne, sauf qu'on n'a pas, dans l'hypothèse qui nous occupe, à se préoccuper de la transcription, cette formalité n'étant exigée qu'entre

10. Montagne, *De l'action en revendication des immeubles en droit français*, Thèse pour le Doctorat, Poitiers 1875, p. 210.

acquéreurs tenant leurs droits d'un auteur commun.

» Ainsi la règle ne varie pas. En l'absence de preuve certaine de la propriété, on est toujours dans le domaine des présomptions, soit que les deux parties s'arment de titres d'une origine commune, soit que le débat s'engage entre les titres du demandeur et la seule possession du défendeur, soit que le demandeur et le défendeur invoquent des titres d'origine différente. Celle des parties qui justifiera que la présomption existait chez elle avant de naître chez l'autre, sera déclarée propriétaire, sans qu'il y ait à se préoccuper du fait de la possession actuelle, qui n'est décisif que pour le seul cas où le revendiquant ne produit aucun titre. »

Cette argumentation nous paraît reposer sur un malentendu. Si, lorsque le défendeur n'a pas de titre, sa possession postérieure au titre du demandeur n'est pas prise en considération, c'est qu'alors, comme le disaient très bien Aubry et Rau dans leur troisième édition (§ 219, note 6), la possession récente du défendeur ne peut guère être considérée que comme une usurpation au préjudice du demandeur.

C'est la prise de possession *sans titre* qui donne à la possession du défendeur ce caractère d'usurpation, c'est l'absence de titre qui lui imprime ce vice.

Ce n'est pas seulement parce qu'elle est postérieure, c'est surtout parce qu'elle est dénuée de titre qu'elle ne doit point préjudicier au demandeur.

Mais, si elle s'appuie sur un titre, ce vice disparaît complètement ; la possession que les deux parties ont eue a été légitime, et, dans le doute sur la question de savoir lequel de leurs deux auteurs était propriétaire, le défendeur doit l'emporter.

L'annotateur de Dalloz a perdu de vue le motif qui rend inefficace la possession du défendeur quand elle est postérieure au titre du demandeur.

Il a aussi oublié la raison qui la rend efficace au contraire, quand elle est antérieure. L'auteur du demandeur ne peut pas être présumé propriétaire, lorsqu'au moment où il a vendu l'immeuble, cet immeuble se trouvait déjà en la possession du défendeur actuel, ainsi que l'explique Pothier. Il est très vraisemblable qu'on a la propriété du bien que l'on aliène, si on le possède en ce moment ; mais, s'il en est autrement, je ne puis me faire un titre efficace contre vous « *me faisant passer un acte de vente d'un héritage que vous possédez, par une personne qui ne le possède pas* [11] »

Nous croyons donc que cette dernière opinion doit être réprouvée, même si l'on admet le principe sur lequel repose le système dont nous étudions en ce moment les trois cas d'application, c'est-à-dire en laissant de côté la tradition historique, en se plaçant seulement au point de vue de la preuve requise dans la revendication, et en admettant qu'à défaut de preuves directes les tribunaux peuvent et doivent, dans cette matière, se contenter de simples indices, pour donner gain de cause à la partie ayant le droit le plus probable.

379. — *Troisième hypothèse.* — Les parties ne produisent pas de titre. Ici la jurisprudence distingue :

a) Si le défendeur a une possession exclusive et bien caractérisée, utile pour la prescription, il doit l'emporter, quelque graves que puissent être les présomptions de fait militant en faveur du demandeur [12].

11. Pothier, *Propriété*, n° 324.

12. Aubry et Rau, II, § 219, note 10. — Cass. 22 Nov. 1847, S. 48, I, 24. D. 47, 1, 378. — Req. rej. 9 déc. 1856, S. 57, I, 588. — Cass. 10 janvier 1860, S. 60, I, 340. D. 60. I. 74. La Cour suprême, dans ce dernier arrêt, repousse les présomptions, quelle que soit la modicité de la valeur de l'immeuble. C'est évidemment aller trop loin : lorsque la valeur du litige ne dépasse pas 150 francs, la preuve testimoniale est admissible: or les présomptions de l'homme sont recevables toutes les fois que la preuve testimoniale est admise : Art. 1341 cbn. avec art. 1353. Comp. Laurent, t. VI, p. 218.

Dans le procès sur lequel est intervenu cet arrêt, il n'était pas tout à fait exact de dire, comme le fait la Cour suprême, que « le demandeur ne produi-

b) Si, au contraire, les faits de jouissance dont se prévaut le défendeur ne réunissent pas les qualités constitutives d'une possession utile pour prescrire, alors même qu'ils auraient paru suffisants pour lui faire obtenir la maintenue possessoire, le juge du pétitoire peut tenir compte des indices de propriété puisés dans les circonstances de la cause, tels qu'anciens faits de jouissance, paiement des impôts, énonciations du cadastre, état des lieux, et balancer entre elles les présomptions respectivement invoquées par les parties, à l'effet d'accueillir ou de rejeter la demande suivant le résultat de cet examen comparatif [13].

sait aucun titre ». Il résulte au contraire de l'arrêt cassé que le demandeur avait un titre, mais ce titre était postérieur à la possession prouvée des défendeurs ; cet arrêt pourrait donc être ajouté à ceux cités à propos de la première hypothèse, *supra* n° 377, note 4.

Cet arrêt de cassation n'est-il pas en contradiction avec celui de rejet rendu par la même chambre civile trois mois plus tard (Civ. rej. 16 avril 1860, S. 60, I, 801, D. 60, I, 251) et par laquelle la Cour admet que les tribunaux peuvent rechercher « *dans les faits et circonstances de la cause des indices de propriété et des éléments de décision* » : ces « *indices de propriété* » ne sont-ils pas synonymes de *présomptions de propriété* ?

Il n'y a pas contradiction, parce que dans le premier cas (présomptions rejetées) le défendeur avait la possession, tandis que dans le second cas (indices admis) la possession du défendeur était incertaine, équivoque et clandestine.

Mais l'arrêt de Cass. du 10 janvier 1860 n'en est pas moins mal rendu à un autre point de vue, parce qu'en déclarant que le défendeur avait la possession, il se met en contradiction avec les faits souverainement constatés par la Cour d'appel. « Considérant », disait cette dernière « que la possession partielle qu'ils (les défendeurs) peuvent avoir d'icelui (le terrain litigieux) *n'a pas le caractère voulu pour fonder à leur profit un droit de propriété !* » L'on rentrait donc dans le second cas (voyez au texte *b*), celui où les faits de jouissance du défendeur ne réunissent pas les qualités constitutives d'une possession utile pour prescrire, cas dans lequel la Cour suprême admet, par une jurisprudence constante, que les tribunaux peuvent tenir compte des présomptions de propriété.

On voit que l'arrêt du 10 janvier 1860 pèche à plusieurs points de vue et manque par conséquent d'autorité.

13. Aubry et Rau II, § 219, note 11. — Req. rej. 31 juillet 1832, S. 32, I, 783 ; D. 1832, I, 363. — Req. rej. 20 nov. 1834, S. 35, I, 70. Dall. Rep. V° *Preuve*, 27-2° et *Propriéte*, 681. — Req. rej. 13 juin 1838, S. 38, I, 886. — Civ. rej. 26 août 1839, S. 39, I, 920. Dall. Rep. v° *Preuve*, 27, 3°. — Req. rej. 29 janvier 1840, S. 40, I, 957 ; Dall. Rep. v° *Propriété*, 675. — Civ. rej. 16 avril 1860, S. 60, I, 801 ; D. 60, I, 251. — Req. rej. 11 nov. 1861, S. 62, I, 41. D. 62, I, 94. — Req. rej. 17 décembre 1866, S. 67, I, 30. — Req. rej. 20 avril 1868, S. 68, I, 269. D. 68, I, 298. — Req. rej. 7 mars 1877. S. 1878, I, 340 ; D. 1878, I, 216. — Voy. aussi Civ. rej. 10 août 1880, S. 81, I, 117 ; D. 80, I, 369 et Req. rej. 29 janvier 1884, S. 84, I, 152 ; D. 84, I, 314.

380.—Troisième système.— Il n'admet point que le principe de l'action publicienne subsiste sous le Code civil, et il exige toujours du demandeur la preuve de sa propriété, c'est-à-dire en définitive, la preuve d'une usucapion accomplie par lui ou par ses auteurs [14].

« La plupart des auteurs français » dit Laurent nº 156, « enseignent que la Publicienne existe encore dans le droit moderne. Cela est inadmissible. Il suffit de lire la définition de la Publicienne, que nous avons empruntée aux Institutes, pour se convaincre que cette action repose sur une fiction ; on feint que la prescription est accomplie, bien qu'elle ne le soit pas. Or, appartient-il à l'interprète de créer une propriété fictive et de la munir d'une action ? Non, certes. Cela décide la question. Rien de plus faible que les raisons que l'on invoque pour maintenir la Publicienne. Elle est conforme à l'équité, dit-on ; soit, mais l'équité suffit-elle pour créer des fictions et des actions ?...

« ... Il faudrait donc prouver que les auteurs du Code ont voulu maintenir la Publicienne, et pour cela il faudrait un texte, puisqu'il s'agit d'une fiction, c'est-à-dire d'une exception. Le silence du Code Napoléon suffit pour décider la question.

« Il y a une opinion intermédiaire pour laquelle la jurisprudence se prononce, quoique avec hésitation : de là naît une grande incertitude. Aubry et Rau n'admettent pas la Publicienne telle qu'elle existait en droit romain, mais ils en maintiennent tous les effets qui sont compatibles avec les principes du droit moderne. L'intérêt pratique du débat se concentre sur une question : quelles sont les preuves que doit faire le demandeur en revendication ?... En principe, il nous paraît

14. En ce sens Laurent, *Principes du droit civil*, t. 6, nº 156, 159 à 173. — G. Montagne, *De l'action en revendication des immeubles en droit français*, Thèse pour le Doctorat, Poitiers 1879, nᵒˢ 347 à 362. — Note de M. Naquet citée plus haut, note 4.

impossible de conserver les effets de la Publicienne, c'est-à-dire d'une action fictive, alors que l'on est obligé d'abandonner la fiction. »

Mais Laurent nous paraît confondre ici le *moyen* par lequel la procédure formulaire a obtenu le résultat où aboutit l'action Publicienne, avec le *résultat* lui-même, qui seul nous a été transmis.

Les fictions ont disparu avec les formules. Le but qu'il s'agissait d'obtenir par la Publicienne, c'était de dispenser le demandeur muni d'un titre qui, cent fois contre une, sera réellement propriétaire, de la preuve difficile de son droit ; ce but une fois atteint, ce résultat une fois entré dans la pratique, la fiction désormais inutile a disparu comme l'échafaudage après l'édifice construit. Il n'est plus question d'actions fictives sous Justinien, et les Institutes ne nous en parlent qu'à titre de renseignement historique.

Par conséquent, comme l'ont si bien dit MM. Aubry et Rau, la difficulté se résume en une question de preuve à faire dans l'action en revendication. C'est à ce point de vue que nous la traiterons désormais.

Laurent ajoute (nº 169) :

« Comment le demandeur établira-t-il son droit de propriété, s'il ne peut pas invoquer la prescription, ni en sa personne, ni dans la personne de son auteur ?

« D'après la rigueur des principes, il faut décider qu'il doit succomber, par application de la règle élémentaire écrite dans l'art. 1315, que le demandeur doit prouver le fondement de sa demande, d'où suit que s'il ne fait pas cette preuve, il perd sa cause.

« On convient que telle est la *pure théorie*. L'expression n'est pas exacte ; il ne s'agit pas d'une pure théorie, mais d'un principe fondamental de droit, principe qui s'applique sans contestation aucune aux obligations, et qui doit aussi s'appliquer aux droits réels à moins qu'on ne trouve une dérogation dans la loi.

« Cette dérogation existe-t-elle? Le droit romain l'admettait sous le nom de Publicienne; l'ancien droit l'admettait également, mais le droit antérieur au Code est abrogé. C'est donc dans le Code qu'il faut chercher la dérogation à un principe que le Code formule. Mais on l'y chercherait vainement. La jurisprudence l'a consacrée, et Aubry et Rau ont essayé de la justifier.

« Nous croyons qu'ils n'ont prouvé qu'une chose, c'est qu'il y a lacune dans la loi. Quant aux principes mêmes sur lesquels repose la jurisprudence, cela nous paraît évident. « Une preuve aussi rigoureuse, dit-on, se concilierait difficilement avec les *exigences de la pratique.* » Depuis quand les exigences de la pratique ont-elles le pouvoir de déroger à des textes de loi ou, ce qui revient au même, de créer des principes exceptionnels, partant de faire la loi?

« On ajoute qu'il semble, au point de vue de l'équité, qu'on ne peut réclamer du revendiquant que la preuve d'un *droit meilleur* ou plus probable que celui du défendeur. Nous renvoyons l'*équité*, avec les *exigences de la pratique* au législateur : lui seul peut l'écouter, l'interprète est enchaîné par les textes et par les principes qu'ils formulent. Voilà pourquoi nous récusons aussi l'autorité de Pothier en cette matière; c'est parce que la théorie de la *Publicienne*, ou d'un *droit meilleur* du revendiquant, n'a d'autre base que l'équité, que nous ne pouvons pas l'admettre. Pothier décide à chaque pas d'après l'équité; sous l'empire d'un Code, cela n'est plus permis à l'interprète.

« On invoque encore la présomption de propriété attachée à la possession; nous avons d'avance rejeté cette prétendue présomption, parce qu'il n'y a pas de présomption sans texte[15].

15. Au nº 160, Laurent expose que si le possesseur triomphe, lorsque le demandeur n'a point de titre, ce n'est pas parce que la possession crée à son

« En désespoir de cause, on fait appel à l'esprit général de notre législation ; nous répondrons que l'esprit de la loi peut bien nous aider à interpréter les textes, mais il n'a pas la puissance de créer des lois et des principes. En définitive, la doctrine d'un droit meilleur doit être rejetée par cela seul qu'elle n'est pas consacrée par le Code. »

Ce système de Laurent n'a pas trouvé beaucoup d'adhérents. Toutefois il a convaincu l'auteur de la remarquable thèse de Doctorat citée plus haut, M. Montagne, qui accuse les tribunaux d'usurper les attributs du législateur, de vouloir jouer le rôle du préteur romain, de sacrifier les principes à une équité souvent trompeuse et, suivant le mot pittoresque de d'Argentré, de se construire de belles consciences aux dépens de la loi : « *Sibi conscientias architectantur contra leges.* »

« La propriété » dit M. Montagne [16] « a reçu une organisation complète des mains du législateur, et, quelque imparfaite que nous puissions la trouver, nous devons nous en contenter, sans nous permettre et sans permettre au magistrat d'en combler les lacunes. Après avoir sanctionné l'inviolabilité du droit de propriété,

profit une présomption de propriété, mais bien uniquement parce que le demandeur ne prouve pas le fondement de sa demande.

« Le code » dit-il, « ne parle des preuves qu'au titre des *Obligations* : mais les principes qu'il y consacre sont des règles générales, qui reçoivent leur application en matière de droits réels, aussi bien qu'en matière de contrats » — (Remarquons en passant que c'est résoudre la question par la question, car il faudrait d'abord prouver que les règles des preuves, que le Code pose en ce qui touche les obligations, sont des règles générales, applicables aussi à la preuve de la propriété) ; — « Eh bien, la loi ne connaît que deux espèces de présomptions, celles qui sont abandonnées à l'appréciation du magistrat, et que pour cette raison on appelle vulgairement présomptions de l'homme, et les présomptions légales. Les premières ne sont admises que lorsque l'objet du litige ne dépasse pas cent cinquante francs, ou lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol (art. 1353), c'est-à-dire qu'il est rare qu'elles puissent être invoquées dans un procès sur la propriété immobilière. Quant aux présomptions légales, elles n'existent qu'en vertu de la loi. »

16. *Op. cit.* p. 213.

le législateur a pris des mesures pour le mettre à l'abri des entreprises et des usurpations qui pourraient être dirigées contre lui. Il a d'abord voulu protéger le droit complet, mais le droit certain, établi, démontré, indubitable, par l'action en revendication. Vous prétendez être propriétaire, dit-il au revendiquant : eh bien! établissez votre droit et vous triompherez; je vous soumets à ce principe de droit commun : *Actori incumbit probatio.* Comme la preuve directe serait excessivement difficile, je rends votre tâche plus aisée par l'institution de l'usucapion ou prescription acquisitive. Et afin de vous protéger mieux encore, je vous autorise, si vous vous trouvez dans les conditions prévues, à intenter une action possessoire, pour rejeter sur votre adversaire le fardeau de la preuve. — Voilà ce que dit le législateur!

« La possession, dans notre droit, qu'elle soit ou non étayée de la bonne foi et d'un juste titre, ne devient un droit que lorsqu'elle a duré l'an et jour, jusque là elle ne constitue qu'un fait dépourvu de tout effet juridique, au point de vue de l'action, hors le cas de violence.

« En vain le demandeur m'objecte son titre; je ne vois pas comment cela pourrait modifier ma situation. Quelle théorie singulière, en effet, que celle qui veut que le titre me soit opposable, comme si j'étais l'aliénateur, et qui m'impose la nécessité de le renverser à l'aide d'un autre titre ou de la prescription acquisitive! Sans doute, le titre authentique, ou sous seing privé ayant date certaine, m'est opposable en ce sens qu'il fait foi à mon égard du fait juridique qui s'est accompli, et à ce point de vue il serait opposable au véritable propriétaire comme au possesseur. La loi elle-même nous en fournit une preuve, puisqu'elle permet au possesseur de bonne foi d'opposer son titre

au propriétaire pour accomplir la prescription par dix ou vingt ans (art. 2265).

« Mais, ce qui serait le renversement de toutes les règles de bon sens et d'équité, ce serait d'admettre qu'il pût en rien me lier au point de vue des conventions qu'il renferme, et qui me sont parfaitement étrangères. C'est faire une confusion entre l'acte qui prouve la convention et la convention elle-même qui en est absolument indépendante [17]. En réalité, le titre a exactement la même valeur probante vis-à-vis des

17. Les motifs de quelques arrêts prêtent en effet à cette critique. Voyez notamment Cass. 22 juin 1864, D. 1864, I. 412; S. 1864, I, 349, et, sur renvoi : Rouen 1er février 1865, D. 1866. 2, 171. S. 1866. II, 180. — Cass. 27 décembre 1865, D. 1866, I, 5, S. 1866, I, 205. — « Attendu, » dit le premier arrêt, « que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de *valeur* qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque, de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers. »

« Considérant », dit l'arrêt de Rouen, « que ces actes » (un partage et une adjudication) « peuvent être opposés efficacement au défendeur; qu'en matière de contestation sur la propriété des biens, la qualité de tiers dans les titres sur lesquels reposent les droits de l'une des parties ne soustrait pas la partie adverse aux conséquences de ces titres;... que, s'il en était autrement, l'impossibilité de faire concourir aux actes acquisitifs ou translatifs de propriété toutes les personnes pouvant être ultérieurement intéressées à repousser leur application, rendrait à tout jamais le droit du propriétaire incertain ou précaire; que, pour détruire l'effet des titres produits, il faudrait au défendeur la preuve d'une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de maître, qui eût duré les trente années voulues par la loi, ou qui du moins eût commencé antérieurement à la date du plus ancien des titres, etc. »

« Attendu en droit, dit l'arrêt de Cass. du 27 décembre 1865, que la propriété étant un droit réel, l'arrêt qui déclare un individu propriétaire équivaut à un titre, susceptible, *comme tout autre titre*, d'être opposé à tous par celui qui l'a obtenu; que sans doute, l'autorité de la chose jugée étant limitée par l'article 1351 aux seules parties en cause, un tel arrêt ne saurait être opposé aux tiers avec l'autorité de la chose jugée, mais qu'il n'en est pas moins un titre, et que les tiers contre lesquels il est invoqué, s'ils peuvent l'attaquer au moyen de la tierce opposition ou même directement, ne peuvent du moins détruire la preuve qui en résulte qu'à la charge de faire la preuve contraire, et d'établir à leur profit, soit un droit de propriété préférable, soit une possession antérieure légalement acquisitive. » — Voy. encore Nancy 20 juin 1867, D. 1868, II, 166. — Cass. 13 juillet 1870, D. 1870 I, 343. — S. 70, 1, 397.

Mais, si l'on peut critiquer quelques expressions, on voit qu'au fond, les arrêts veulent seulement dire que celui qui a un titre prouve suffisamment sa propriété par ce titre, vis-à-vis d'un défendeur qui n'en a pas. Ce titre est opposable au défendeur, comme preuve de la propriété du demandeur.

tiers que vis-à-vis des parties ; il prouve à l'égard de tous l'existence du fait juridique, mais il n'établit rien de plus à l'encontre des tiers.

« Par conséquent, lorsque vous venez me dire que vous êtes muni d'un acte constatant que telle personne a consenti une aliénation à votre profit, je me garde bien de nier l'existence de ce fait, mais je réponds que la convention intervenue m'est absolument indifférente, et que j'exige de vous la preuve de votre droit, exactement comme je l'exigerais de votre auteur. Il est évident que si celui-ci s'avisait de revendiquer, il ne pourrait point triompher en se basant sur ce motif unique qu'il a possédé avant moi, à moins que sa possession n'eût été suffisante pour le conduire à l'usucapion. Chose bizarre, la jurisprudence, qui n'admettrait point un pareil raisonnement dans la bouche du vendeur, l'accueille sans hésiter lorsqu'il est tenu par l'acquéreur. Les prétentions de ce dernier ont cependant un fondement identique à celles du vendeur, car la vente n'a modifié en rien la situation préexistante, puisque, je le répète, il serait absurde de vouloir me lier par une convention qui m'est étrangère. En réalité donc, le demandeur triomphe sans faire aucune preuve, pas même celle d'une possession antérieure à la mienne, et, chose plus extraordinaire, il gagne son procès en s'appuyant sur un titre que le premier venu pouvait lui procurer aussi aisément que le véritable propriétaire. »

« Mais il y a plus encore : je perds mon procès même en offrant de faire la preuve que l'aliénateur n'était pas propriétaire. Vous m'objectez que je n'ai pas ce droit ; et pourquoi ? Serait-ce parce que vous prétendriez que la nullité ne peut être opposée que par celui en faveur de qui elle existe ? Ce raisonnement reposerait sur une confusion. Il est bien sûr que je n'aurais pas

le droit de vous opposer l'une de ces nullités de forme attachées à l'inobservation des formalités spécialement prescrites dans l'intérêt de certaines personnes, comme si, par exemple, l'acte vous avait été consenti par un mineur, ou s'il s'agissait de l'aliénation d'un immeuble dotal. Seule, la personne intéressée pourrait écarter votre action pétitoire en se prévalant du défaut de validité. L'hypothèse actuelle est entièrement différente ; je n'ai à me préoccuper ni de la validité ni de la nullité de l'acte, ma situation est purement passive ; je me contente de vous dire que vous n'établissez pas le droit dont vous vous prévalez, et que, par suite, vos affirmations se réduisent à de simples allégations sans valeur. Vous voulez que je prouve que j'ai plus de droits que vous à la propriété : où donc est le texte qui m'oblige à rompre le silence avant que votre preuve soit complète ? Je suis en possession, cela suffit pour me dispenser provisoirement de toute démonstration.

« En réalité, la Publicienne, ou plutôt l'action qui en est le travestissement, ne peut pas prendre place dans l'édifice de nos lois actuelles ; le silence du législateur à son égard suffirait pour la proscrire ; mais il y a plus, elle me semble incompatible avec l'ensemble de notre organisation de la propriété.

« Si celui qui possède actuellement, dit M. Zachariæ (*Cours de droit civil français*, trad. Aubry et Rau I. p. 470, 471), est en possession depuis au delà d'une année, il a, d'une part, interrompu l'usucapion de l'adversaire et réduit à néant tous les effets juridiques de la possession antérieure de ce dernier ; d'autre part, il a acquis la saisine possessoire, qui ne peut lui être enlevée que par la preuve d'un droit de propriété. — Si, au contraire, le possesseur actuel ne possède pas depuis un an, et que son adversaire puisse se prévaloir d'une possession antérieure qui ait duré au delà d'une

année, ce dernier arrivera, par le moyen de l'action possessoire, aux mêmes fins que par l'action Publicienne. Cette action est donc non recevable dans la première hypothèse et inutile dans la seconde. Ce ne serait tout au plus que dans le cas où aucune des parties n'aurait la possession annale que l'on pourrait invoquer des considérations d'équité pour faire admettre l'action publicienne ; encore dans ce cas même, la possession devrait l'emporter jusqu'à la preuve du droit de propriété : la possession, quelque courte qu'elle soit, entraîne présomption de propriété et porte en elle le germe de l'usucapion. »

381. — Il faut l'avouer, ces raisons sont fortes ; à première vue, elles sembleraient devoir faire rejeter le système de la jurisprudence, d'autant plus que les arrêts n'ont pas pris soin, il faut le reconnaître aussi, de motiver fermement leurs solutions.

Suffit-il de montrer, qu'en imposant au demandeur la preuve complète de son droit, on s'exposerait à dépouiller un grand nombre de propriétaires légitimes ? Laurent et ses partisans ne contestent point les inconvénients de leur système ; ils conviennent que les actions possessoires, perdues au bout d'un an, ne suffisent point pour assurer la sécurité du possesseur ; ils reconnaissent parfaitement l'équité et l'utilité pratique de la Publicienne ; ils avouent qu'il y a là une lacune fâcheuse dans nos lois, mais ils dénient à la jurisprudence le droit de combler cette lacune ; c'est, disent-ils, faire la loi, ce n'est plus seulement l'interpréter.

Les arrêts sont donc faiblement motivés.

Mais il ne faut pas aller chercher des leçons de droit dans les considérants des arrêts, car ces motifs sont souvent et nécessairement une œuvre hâtive ; la mission du juge consiste avant tout à trancher le différend qui lui est soumis ; par conséquent c'est la so-

lution donnée qu'il faut envisager avant tout, et l'insuffisance des motifs ne doit pas la faire rejeter, s'il est possible de l'appuyer sur les raisons solides, quoique différentes de celles que l'on lit dans les considérants.

La jurisprudence se serait, à notre gré, placée sur un terrain plus solide, en s'attachant davantage à la tradition historique. Nul ne conteste qu'elle ne puisse être invoquée, tout au moins pour interpréter les intentions des rédacteurs de nos Codes, et pour dégager l'esprit de la loi.

C'est à ce point de vue que nous allons nous placer en premier lieu.

Et tout d'abord, Laurent et ses partisans ne font-ils pas un peu parler le législateur à leur gré, et ne commencent-ils pas par mettre dans sa bouche la formule de leurs opinions personnelles, lorsqu'ils déclarent que le Code civil a posé d'une manière générale la règle : *Actori incumbit onus probandi*, le demandeur doit prouver le fondement de son droit, sous peine de perdre son procès, et lorsqu'ils ajoutent que ce principe élémentaire est proclamé par l'article 1315 ?

L'art. 1315 ne se sert pas d'une expression aussi générale ; il ne dispose qu'en matière d'obligations :

« *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.*

» *Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.* »

Le code décide donc seulement que le créancier doit prouver complètement sa créance, et réglemente dans les articles suivants les moyens de faire cette preuve ; mais il n'est question, dans toute cette partie de la loi, que des obligations.

C'est résoudre la question par la question que d'é-

tendre ces dispositions à la preuve de la propriété; il faudrait d'abord démontrer qu'il y a une analogie absolue entre les deux cas; cette démonstration, on ne l'essaie même point, on ne réussirait pas à la faire, car en vérité l'analogie n'existe point.

La nature même des choses veut, en effet, qu'on se montre plus difficile pour la preuve d'un droit de créance que pour celle de la propriété. En règle, toutes choses appartiennent à quelqu'un : au contraire, être créancier d'une personne déterminée, constitue une dérogation au droit commun. L'existence matérielle d'une chose implique presque forcément un droit de propriété au profit de quelqu'un; au contraire nous pouvons mettre en présence un nombre illimité de personnes, il n'en résultera pas, avec la même nécessité, l'existence entre elles de rapports d'obligation.

Les créances sont des droits destinés à s'éteindre par le paiement, et dans un délai généralement assez bref; par conséquent elles ne remontent habituellement qu'à un passé assez proche, les preuves de l'établissement du droit n'ont pas eu le temps de dépérir : on exigera donc que le créancier les produise, et l'on se montrera, avec raison, très rigoureux à cet égard.

Au contraire l'acquisition originaire de la propriété se perd presque toujours dans la nuit des temps, si bien que dans la presque totalité des cas il faut se réfugier sous l'égide tutélaire de la prescription, ce qui mène à l'établissement de faits de possession, à des enquêtes, contre-enquètes, expertises, etc.

Généralement la preuve d'un droit de créance se fait très simplement : on montre, par la production d'un écrit, que tel jour telle obligation a été contractée; à l'adversaire de prouver alors qu'elle s'est éteinte depuis ; ici rien de vague, rien de compliqué.

Rien de plus complexe, au contraire, rien de moins

net, de plus difficile en général, que la preuve de la propriété.

On étend donc, sans qu'il y ait analogie suffisante, allons plus loin, sans qu'il y ait au fond aucune similitude, la disposition de l'article 1315 à des matières pour lesquelles elle n'a pas été faite. On voit que ceux-là même qui, comme Laurent, refusent d'admettre la Publicienne, parce que le Code n'en parle pas, prennent avec ce Code d'assez grandes libertés [17 bis].

Sans doute on dira que la règle de l'art. 1315 n'est que l'application du principe général : *actori incumbit onus probandi* [18].

Nous sommes loin de le contester ; mais, ce principe, nous l'empruntons en définitive au droit romain, et nous l'appliquons, bien qu'il ne soit pas écrit dans notre Code. Et si nous l'empruntons à la législation romaine, il ne faut pas le défigurer en lui donnant une portée et une étendue qu'il n'avait plus depuis des siècles, à l'époque de Justinien, et qu'il n'a pas reprises depuis !

Sous prétexte de rejeter le droit romain, il ne faut pas nous ramener à la loi des XII Tables ; c'est pourtant à ce résultat qu'on arrive.

En effet, on applique le principe que le demandeur en revendication doit prouver sa propriété, comme on l'entendait du temps des décemvirs !

N'est-il pas plus naturel de l'entendre dans le sens et dans la mesure où on le comprenait en 1804?

Depuis Justinien jusqu'au Code civil, l'on a admis que le demandeur en revendication prouvait suffisam-

17 *bis*. Rien de plus fréquent que cette contradiction. Il existe une masse énorme de maximes et de règles non écrites dans le Code et qu'il est impossible de rattacher sérieusement à aucun article du Code, maximes que nos auteurs suivent pourtant unanimement, et qui sont tout simplement des principes romains formant la substance même du droit ; le *substratum* de nos idées juridiques, comme de celles des rédacteurs de nos lois.

18. L. 2, D. *De Prob.*, 22, 3. — L. 23, C. *De Prob.*, 4, 19.

ment le fondement de sa demande en justifiant d'un titre, lorsque le défendeur n'en avait point ; telle était en cette matière la portée de la règle : « *Actori incumbit onus probandi* »; pourquoi vouloir la modifier, alors qu'aucun article du Code ne nous révèle cette intention chez le législateur ?

Ce serait faire un raisonnement absurde que de dire par exemple :

« Le principe : *actori incumbit onus probandi* est un principe romain non reproduit, et par conséquent abrogé par le Code civil. La loi n'en a maintenu qu'une seule application, celle que l'art. 1315 édicte en matière d'obligations. Partout ailleurs, le juge est libre d'imposer ce fardeau de la preuve au demandeur ou au défendeur selon les circonstances. »

Argumentation forcée, nous le reconnaissons !

Mais il nous semble, au fond, presque aussi déraisonnable de dire :

« En reproduisant le principe en question au titre des obligations, avec la rigueur que ce principe comporte en effet lorsque le demandeur se prétend créancier, le Code a entendu étendre cette même rigueur à toutes les autres actions, même la revendication, dans laquelle le principe *actori incumbit probatio* était autrefois interprété d'une manière bien moins rigoureuse ! »

Ce serait là donner à l'art. 1315 une interprétation par trop extensive, et vraisemblablement peu conforme aux intentions du législateur : la manière dont il s'est exprimé ne permet pas de penser qu'il ait entendu poser ici une règle générale et absolue.

D'ailleurs on ne doit pas aisément supposer que le législateur ait méconnu les nécessités pratiques. Sans doute, quand la loi est claire, on doit l'observer, quelque gênante qu'elle puisse paraître, mais, quand elle se tait sur la question, et qu'il s'agit de savoir si l'on

doit raisonner par analogie, s'il faut appliquer à la revendication des règles expressément faites pour les obligations, alors il est permis d'invoquer les nécessités pratiques, non pour corriger la loi, mais pour montrer qu'elle n'a vraisemblablement pas voulu exiger du revendiquant une preuve qu'en pratique il lui serait souvent bien difficile de fournir.

De tout cela résulte que les arrêts, en n'exigeant pas du revendiquant la preuve absolue, et pour ainsi dire mathématique, de son droit de propriété, ne violent ni le texte, ni l'esprit de l'art. 1315 du Code civil.

382. — Donc, la loi écrite ne tranche ni explicitement ni implicitement la question de savoir si le demandeur en revendication est toujours tenu de prouver catégoriquement que la propriété lui appartient, en d'autres termes qu'il a prescrit, lui ou ses auteurs ; car, en dehors de certains cas très rares [19], il n'y a pas d'autre moyen de prouver la propriété.

Il faut pourtant que le juge statue, la loi lui en fait un devoir, sous peine de commettre un déni de justice, (art. 4).

A quelle source puisera-t-il des éléments de décision ?

En tout ce qui touche la propriété, c'est à des sources exclusivement romaines que le législateur de 1804 a puisé; par conséquent il est naturel d'admettre qu'il a entendu se contenter, pour la revendication, des preuves qui suffisaient pour faire triompher le demandeur en droit romain et sous notre ancienne jurisprudence [20]. Les rédacteurs du Code civil eux-mêmes nous

19. Par exemple celui où l'on a acquis de l'Etat des immeubles expropriés pour cause d'utilité publique, et qui n'ont pas été utilisés pour les travaux projetés.

20 N'oublions pas qu'il n'y a plus en pratique de distinction entre la Publicienne et la revendication sous Justinien. Voyez Chapitre XVIII et nº 372.

invitent à chercher dans la législation romaine l'interprétation du Code [21].

Ce n'est donc pas seulement au point de vue d'une culture supérieure de l'esprit, d'un aiguisement du sens juridique, que le droit romain, tel que l'a connu et pratiqué l'ancienne France tout entière, peut nous être utile ici. Il doit suppléer au silence de la loi, d'autant plus que sa solution, en cette matière, constitue en définitive l'expression la plus exacte de l'équité et des nécessités pratiques. Comme autrefois dans les pays de coutumes, il nous impose le principe de la Publicienne, non pas *ratione imperii*, mais *imperio rationis*.

La loi est muette, nous espérons l'avoir montré ; d'ailleurs Laurent lui-même et ses partisans avouent qu'elle présente ici une lacune.

Nul ne conteste que devant son silence le juge ne puisse et ne doive avoir recours à l'équité. Cela a été expressément reconnu dans les travaux préparatoires [22].

21. « Qu'il me soit permis, disait Gary au Corps législatif, de signaler ici une erreur répandue par l'ignorance, et que la paresse pourrait peut-être accréditer : c'est qu'il suffira désormais à ceux qui se destinent à l'étude des lois de connaître le Code civil. Nous ne pouvons assez leur répéter qu'à l'exemple de nos plus grands magistrats et de nos plus célèbres jurisconsultes, ils doivent étudier le droit dans sa source la plus pure, dans les lois romaines. » — Portalis, dans un discours à l'Académie de législation (*Moniteur* de 1803, p. 255) disait aussi : « Jamais vous ne saurez le nouveau code si vous n'étudiez que ce code. Les philosophes et les jurisconsultes de Rome sont encore les instituteurs du genre humain. C'est en partie avec les riches matériaux qu'ils nous ont transmis que nous avons élevé l'édifice de notre législation nationale. »

22. Voyez Fenet, t. VI, p. 21, 22, 23, 76, 77, 86, 93, 106, 107, 108, 150, 166, 188, 268, 269, 359 et s. Ce qu'il y a de plus intéressant à consulter, ce sont les discours des tribuns qui firent repousser une première fois le projet, notamment par le motif que l'article 6 (aujourd'hui l'article 4) qui autorise implicitement le juge à statuer selon l'équité, était une disposition *funeste, abusive*, QUI FAIT FRÉMIR LES CITOYENS (Fenet, p. 150, 151, 152.)

L'exagération même de ces critiques montre la portée considérable de l'article critiqué, l'étendue des pouvoirs qu'il attribue au juge en cas de silence du législateur. Il fallait que ces pouvoirs fussent grands en effet, pour faire *frémir* les membres du Tribunat qui voulaient que le juge ne pût combler les lacunes de la loi ! — Les auteurs dont nous combattons l'opinion ne font en somme que reproduire les idées de ces tribuns sur le rôle des tribunaux. Mais précisément ces idées ont été condamnées, puisque l'art. 4 du Code civil a été adopté malgré les critiques dont il avait été l'objet.

Notamment, dans le discours préliminaire, les rédacteurs du Code disaient : « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition. ou l'obscurité des lois positives. »

Or, il n'y a point d'usage aussi ancien, aussi invétéré, aussi général, aussi bien caractérisé, ni mieux justifié, que celui dont nous parlons ici. En maintenant tout simplement les solutions romaines, dont personne ne conteste la valeur pratique, équitable et rationnelle, on avait l'avantage de s'attacher à des règles précises, l'on évitait l'incertitude et l'incohérence, compagnes habituelles des solutions de pure équité.

382 *bis*. — La loi romaine règle avec une justice incontestable les deux premières hypothèses : celle où le demandeur seul produit un titre, et celle où les deux parties en invoquent.

Dans le premier cas elle donne la préférence à l'acquéreur muni d'un titre. C'est aussi la solution de la jurisprudence moderne.

On objectera pourtant qu'aujourd'hui il ne suffit pas d'avoir un titre, il faut encore qu'à la date de ce titre l'adversaire n'eût pas la possession de la chose litigieuse [23].

Mais, si l'on y réfléchit un instant, on reconnaît aisément que cette condition était aussi exigée en droit romain.

N'oublions pas en effet, qu'avec beaucoup de raison la loi romaine ne se contente pas de l'existence d'un juste titre ; elle exige en outre que l'on ait reçu tradition en vertu de ce juste titre. De là résulte nécessairement qu'au moment où le demandeur a acquis, le

23. « Je ne puis », disait Pothier, *Propriété*, n° 324, « me faire un titre en me faisant passer une vente ou une donation d'un héritage que vous possédez, par une personne qui ne le possède pas ». Voyez *supra*, n° 373.

défendeur ne possédait pas, puisque l'auteur du demandeur a pu transmettre à cet instant la possession à ce demandeur. C'est donc que cet auteur possédait et que le défendeur ne possédait pas encore.

Dans le second cas, celui où les deux plaideurs produisent des titres, la majorité des auteurs distingue, comme Julien et Ulpien (L. 9, § 4, D. *h. t.*), selon que les parties tiennent ou non la chose du même aliénateur. D'autres, avec Nératius, donnent dans tous les cas l'avantage au titre le plus ancien.

Ici encore le droit actuel ne s'écarte point des traditions romaines.

Reste la troisième hypothèse, celle où ni l'une ni l'autre des deux parties ne produit de titre.

La jurisprudence, on l'a vu, fait une distinction :

Si le défendeur a une possession utile pour prescrire, il doit l'emporter, quelque graves que puissent être les présomptions de fait militant en faveur du demandeur.

En cela les arrêts ne s'écartent aucunement de la tradition historique : les deux parties n'ont point de titre, elles n'invoquent toutes les deux que des faits de possession, elles ne peuvent prouver d'ailleurs que cette possession ait duré trente ans ; à tous les points de vue donc leur situation est égale, et par conséquent le défendeur doit l'emporter en vertu de l'adage *in pari causa melior est causa possidentis quam petentis*.

Mais si le défendeur n'a pas une possession utile pour prescrire, la jurisprudence donne gain de cause au demandeur qui établit en sa faveur des indices, des présomptions de propriété, dont l'appréciation est abandonnée à la sagesse des juges du fait.

En cela la pratique actuelle semble différer du droit romain, car sous la législation romaine le demandeur qui ne prouve pas avoir prescrit, et qui n'invoque pas

de juste titre, n'a d'autre ressource que celle des actions possessoires.

La Publicienne ne saurait, en droit romain, appartenir à celui qui n'a pas de titre, parce qu'elle ne doit compéter qu'à ceux qui auraient pu usucaper; or, le droit romain ne connaît pas d'usucapion sans juste titre [24].

Il est vrai !

Mais, précisément parce que chez nous on peut prescrire sans juste titre, il faut décider que, dans le droit moderne, la Publicienne appartient même au possesseur sans titre qui vient à perdre la possession, si cette possession présentait les caractères requis pour prescrire !

En étendant la Publicienne à cette hypothèse, on ne s'écarte nullement du droit romain et de la tradition historique; bien au contraire, on leur reste fidèle,

24. Suivant M. Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 200, que nous avons suivi à tort sur ce point (*Résumé du cours de droit romain, etc.* t. I, p. 104), il y aurait eu sous Justinien une usucapion n'exigeant pas de juste titre et s'accomplissant par trente ans, à la seule condition que le possesseur fût de bonne foi. M. Maynz l'appelle : la *prescription acquisitive extraordinaire*, et la distingue de la prescription *extinctive* de trente ans, qui opère même au profit d'un possesseur de mauvaise foi, mais ne lui assure qu'une exception contre la revendication du propriétaire. La prescription acquisitive extraordinaire, au contraire, assurerait la revendication au possesseur de bonne foi, même en l'absence de juste titre.

Aujourd'hui cette opinion nous paraît erronée.

En effet, remarquons tout d'abord qu'il est à peu près impossible d'être de bonne foi sans croire à l'existence d'un juste titre déterminé. Par conséquent, en pratique, le système de M. Maynz se réduirait, si nous le comprenons bien, à admettre le titre putatif, en allongeant seulement dans ce cas le délai de l'usucapion.

Autrement, si l'on dit que tout possesseur dont la mauvaise foi n'est pas démontrée acquiert la propriété par trente ans, même s'il n'a aucun titre à invoquer, cela reviendra pratiquement à admettre l'usucapion au profit du possesseur même de mauvaise foi. On ne démontre presque jamais la mauvaise foi directement; habituellement c'est en s'appuyant sur l'absence de juste titre qu'on parvient à faire cette preuve.

Quoi qu'il en soit, une étude attentive de la L. 8, § 1, C. *De præscriptione triginta vel quadraginta annorum*, 7, 39, nous a convaincus que ce texte n'a pas le sens que nous lui avions attribué sur l'autorité de M. Maynz.

Il se place dans l'hypothèse où l'action en revendication du propriétaire, ou l'action hypothécaire du créancier, ont été prescrites parce qu'un tiers a pos-

car, en matière juridique, la fidélité consiste, non pas à obéir servilement à la lettre, mais à s'attacher fermement à l'esprit d'une institution !

Or, tout le monde reconnaît que l'idée fondamentale de la Publicienne est de protéger comme propriétaire celui qui était *in via usucapiendi*, et qui perd la possession ;

Donc, la Publicienne doit être accordée de nos jours même à celui qui ne produit pas de titre, à la seule condition qu'il ait eu une possession utile pour prescrire !

Cela posé, il est aisé de justifier la solution jurisprudentielle que nous avons signalée en dernier lieu, et qui donne l'avantage au demandeur en faveur duquel militent des indices suffisants de propriété, lorsque la possession du défendeur n'était pas une possession utile pour prescrire.

En effet, il faut remarquer tout d'abord que le défendeur n'a pas droit à la Publicienne, puisque sa possession ne présente pas les caractères voulus pour la prescription, et qu'ainsi il ne s'est jamais trouvé *in via usucapiendi*.

Si donc nous pouvons faire voir que le demandeur, au contraire, a droit à la Publicienne, nous aurons montré par là même que la jurisprudence, en lui donnant gain de cause, ne s'est nullement écartée de la

sédé la chose pendant trente ans (sans pourtant l'usucaper, faute de bonne foi ou de juste titre). Dans ces conditions, si le propriétaire ou le créancier intentaient leur action réelle, ils seraient repoussés par l'exception tirée de la prescription de trente ans. Mais voilà que le possesseur de mauvaise foi aliène: *si c'est au profit d'un acquéreur de bonne foi*, celui-ci pourra opposer la même exception que son auteur. Voilà l'hypothèse où M. Maynz a cru voir une usucapion de trente ans sans juste titre. Mais il est clair que Justinien suppose que le nouveau possesseur a un juste titre, sans quoi il n'aurait pu acquérir de bonne foi la possession : « *si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit* ». — Si au contraire l'acquéreur est de mauvaise foi, il ne pourra opposer l'exception tirée de la prescription de trente ans accomplie par son auteur; il lui faudra posséder lui-même pendant trente autres années, pour se trouver à l'abri de la revendication ou de l'action hypothécaire.

tradition historique. Les arrêts auraient pu fort bien appuyer leurs décisions sur les principes traditionnels de la Publicienne et sur les règles de l'application par analogie ; nous ne croyons pas qu'ils eussent été pour cela moins fortement ni moins exactement motivés, bien au contraire !

Quels sont en effet *ces indices*, *ces présomptions* de propriété, sur lesquels les arrêts s'appuient pour donner gain de cause au demandeur dans le cas où le défendeur n'a pas une possession utile pour prescrire ?

Si on les examine de près, on reconnaît aisément que les faits énumérés par les arrêts, tels que *les déclarations des témoins*, *les énonciations du cadastre, la topographie des lieux*, *le paiement des impôts* etc., sont, non pas précisément et directement des indices de *propriété,* mais des indices de *possession.* Ils ne deviennent en général des indices de propriété que parce que la possession qu'ils révèlent ou rendent très probable chez le demandeur, est en soi un indice très sérieux et très sûr de *propriété* !

S'ils constituent des indices de propriété c'est *médiatement*, *indirectement*, et *seulement* parce qu'ils forment des présomptions de possession !

Reprenons en effet les divers éléments relevés par les arrêts.

1° Et d'abord, les *déclarations des témoins* ;

Les témoins !

Qu'ont-ils vu, si ce n'est des faits de possession ? Que prouve leur témoignage, si ce n'est la possession et ses caractères ?

2° Les *énonciations du cadastre* ;

Les hommes de l'art qui ont dressé le plan parcellaire, n'étaient pas sans doute des juges chargés de statuer sur l'étendue des droits des propriétaires ; les matrices cadastrales reproduisent seulement l'*état vi-*

sible de la propriété, son étendue et ses limites apparentes ; le propriétaire qu'elles indiquent, c'est le propriétaire de fait, en un mot, le possesseur.

3° La *topographie des lieux*.

Par exemple, si l'accès du terrain litigieux est facile pour l'un des voisins, très malaisé au contraire pour l'autre, les arrêts voient dans ce fait un indice de propriété en faveur du premier.

Mais pourquoi ?

Evidemment parce qu'il est bien plus vraisemblable que ce terrain a été possédé par le premier que par le second, par celui qui n'avait qu'un pas à faire, que par celui pour lequel l'abord était bien plus malaisé. Encore un indice de possession !

4° Le *paiement des impôts ;*

Mais à qui l'État s'adresse-t-il pour le recouvrement de la contribution foncière, sinon au propriétaire apparent ? Quant au fait d'avoir payé l'impôt foncier sans réclamation, il ne prouve certes pas que l'on est propriétaire, mais seulement qu'on se considère comme tel : en d'autres termes, il caractérise nettement l'*animus domini* du possesseur !

Que l'on lise attentivement, comme nous l'avons fait, tous les arrêts cités plus haut note 13, on verra que, sans en excepter un seul, ils rentrent dans cet ordre d'idée ; les faits sur lesquels ils se basent pour donner gain de cause au demandeur ne sont des indices de propriété, que parce qu'ils créent des présomptions de possession [25] !

25. D'ailleurs la possession peut être prouvée par de simples présomptions de l'homme, puisqu'elle peut l'être par la preuve testimoniale, art. 1353. Voyez le numéro suivant ; en outre, la preuve de la possession peut résulter des titres et actes : Civ. rej. 26 août 1839, S. 39, I, 920. — Dall. Rep. V° Preuve, 27, 3°.

Voici les considérants de quelques-uns des arrêts auxquels nous faisons allusion et qui ont été cités plus haut note 13.

« Attendu », dit un arrêt de Montpellier du 5 février 1866 (sous Req. rej. 20 avril 1868, S. 68, 1, 269. D. 68, 1, 298) « que les documents du cadastre ne

Dès lors les arrêts se justifient parfaitement au point de vue du principe de la Publicienne.

Puisqu'il est établi par l'effet de ces indices, que le demandeur a eu, relativement à l'immeuble ligitieux, une possession utile pour prescrire, sans qu'il soit prouvé d'ailleurs que cette possession ait duré le temps requis pour l'acquisition de la propriété, nous avons donc affaire à un demandeur qui remplit les conditions de la Publicienne, puisqu'il a été *in via usucapiendi*.

D'un autre côté le défendeur, lui, ne justifie pas, par hypothèse, d'une possession utile pour prescrire ; il ne saurait donc opposer à son adversaire l'exception d'une Publicienne égale; par conséquent le demandeur doit l'emporter.

constituent pas, il est vrai, des titres de propriété, mais qu'ils peuvent être consultés pour constater l'état des lieux *et la possession* au moment des opérations cadastrales. »

« Attendu que le cadastre, en attribuant les terrains en litige à la section de Via, n'a pas établi un état de fait nouveau, et n'a fait que maintenir un état de fait préexistant, d'où il suit que la section de Via *possède* les terrains en litige et en paie les impositions depuis un temps immémorial.

Civ. rej. 16 avril 1860, (S. 60, I, 801. — D. 60, 1, 251).

« Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait que l'appelant et les intimés ne présentaient aucun titre à l'appui de leurs prétentions respectives, et que la possession *invoquée* (*a*) de part et d'autre était insuffisante pour établir la prescription ; que celle de l'appelant particulièrement (*le défendeur*) était incertaine, équivoque et clandestine ; que dans cette position, la Cour impériale de Nîmes a dû nécessairement rechercher dans les faits et circonstances du procès des indices de propriété et des éléments de décision qu'il lui était impossible de rencontrer ailleurs ; qu'en se fondant par suite pour reconnaître le droit des époux Gaston sur une possession mieux caractérisée que celle de Brun, sur les énonciations du cadastre, le paiement de l'impôt, la déclaration des témoins, la topographie des lieux et le plan de l'expert, cette Cour n'a fait qu'apprécier les présomptions abandonnées par le législateur aux lumières et à la prudence des magistrats, et n'a violé aucune loi.

(*a*) Remarquez ce mot : *invoquée*, c'est-à-dire la possession qu'ils pouvaient alléguer, dont ils pouvaient faire preuve.

Poitiers 21 juin 1833 (le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté, Req. rej. 20 nov. 1834, S. 35, 1, 70).

« Considérant que si les enquête et contre-enquête ne justifient pas une possession trentenaire continue, non interrompue du morceau de terrain dont s'agit en faveur de l'une ou de l'autre des parties, il résulte du constat des lieux fait par le juge commissaire : 1° que le morceau de terrain en litige touche des deux parts à la maison et à la terrasse du sieur Michaud, des deux parts à la rivière et à la rue, et que les bâtiments et propriétés du sieur Laroche sont situés au côté opposé de la rue : (*remarquons en passant que cette*

D'où il résulte qu'en donnant cette solution, notre jurisprudence a fait du droit romain...., peut-être il est vrai comme certain personnage faisait de la prose. Qu'importe après tout ? L'essentiel n'est-ilpas que la solution pratique soit bonne ? Celle-ci nous paraît excellente.

Elle n'aurait à coup sûr rien perdu de ses qualités, et peut-être aurait-elle suscité moins de critiques, si au lieu de parler de *présomptions de propriété*, expression qui laisse en effet à désirer, les arrêts s'étaient appuyés sur les principes de la Publicienne, traditionnellement conservés par notre ancien droit jusqu'au Code civil, et que le silence de ce Code, sans parler d'autres motifs, suffit à maintenir en vigueur.

Et, par exemple, les arrêts nous auraient semblé plus exactement motivés, s'ils s'étaient, quant au fond des

circonstance est un indice de possession bien plus que de propriété, ainsi qu nous l'avons déjà dit au texte : il en résulte en effet qu'il était bien plus facile à l'un des plaideurs qu'à l'autre d'exercer des actes de possession sur le terrain litigieux : il est donc naturel de supposer que c'est plutôt lui qui l'a, en effet, possédé).

« 2° Que le petit mur construit en 1829, dont la démolition est demandée, et qui est destiné à retenir les terres et sables.... occupant la presque totalité dudit terrain, a été édifié sur d'anciens fondements qui paraissent avoir été faits au temps des fondations de la terrasse de Michaud et qui sont dans le même alignement.

« 3° Que sur le terrain en litige il existe un évier appartenant au sieur Michaud, qui vide ses eaux dans le trou dudit terrain ; que, s'il résulte des enquêtes que l'évier actuel est de construction assez récente, il en résulte aussi qu'il a été édifié à la place d'un évier moins élevé, et qui y existait anciennement.

« 4° Que dans le trou dudit terrain, il a été établi un pilier ou arc-boutant très large dans ses fondations, pour soutenir la maison du sieur Michaud. — Considérant qu'il résulte des débats du procès que les toitures de la partie des bâtiments du sieur Michaud qui touchent au terrain litigieux ont leur égout sur ledit terrain ».

(Remarquons-le encore : ce sont là des indices montrant que l'une des parties a eu anciennement la possession du terrain litigieux, puisqu'elle y a fait des actes de maître. — Même observation pour le considérant suivant) :

« Considérant que ces faits ne sont pas indicatifs seulement de la servitude, qu'ils sont probatifs de propriété en faveur du sieur Michaud, à défaut de titres et autres preuves contraires ; surtout dans l'espèce où ni l'une ni l'autre des parties ne peut invoquer la possession annale, etc. »

La longueur de l'arrêt de Paris, du 4 mars 1865 (le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par Req. rej. 17 déc. 1866. S. 67, 1, 30), nous empêche de le reproduire ici, mais les faits relevés par le tribunal de première instance comme

idées, appuyés sur des considérations du genre de celles que nous allons indiquer sous forme d'*Attendus*, comme s'il s'agissait de motiver un arrêt :

» En droit :

« Attendu qu'il a toujours été admis en France, jusqu'au Code civil, que le demandeur en revendication justifiait suffisamment de son droit de propriété en prouvant qu'il avait eu sur l'immeuble litigieux une possession utile pour prescrire, alors même qu'il ne serait pas prouvé que cette possession ait duré pendant le temps requis pour l'acquisition de la propriété, à moins toutefois que le défendeur ne justifiât aussi d'une possession utile pour prescrire ;

» Attendu que le Code civil ne trace point de règles en ce qui touche la preuve de la propriété ;

» Que l'art. 1315 ne parle que de la preuve des droits de créance, et ne saurait être étendu à celle de la propriété, attendu qu'il n'y a aucune analogie entre les deux cas [26] ;

» Attendu que dans le silence de la loi le juge, non seulement autorisé, mais rigoureusement obligé à sta-

des preuves de propriété sont si bien des indices de possession, que la Cour, en adoptant les motifs des premiers juges, a pu ajouter :

« Et considérant qu'il est établi par les documents de la cause et les enquêtes que l'intimé est, depuis plus de trente ans, en possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire d'une bande de terrain, etc. »

Voici, dans le même ordre d'idées, quelques considérants d'un arrêt du 15 mars 1860 (sous Req. rej. 11 nov. 1861, S. 62, I, 41. — D. 62, I, 94).

« Considérant que le chemin dont s'agit, le seul qui conduise en ce moment aux moulins de Mullier, est appelé rue, ou ruelle, dans les titres anciens..... qu'en cet état la présomption est que ce chemin, servant à la circulation de tous, asservi à l'usage de tout venant, est un chemin public. — Que cette présomption s'augmente par cette circonstance qu'en effet ce chemin est classé au nombre des chemins publics et le sol affranchi de l'impôt par suite de son inscription au cadastre comme chemin public; — Que dès lors ce serait à Mullier à rapporter la preuve que ce chemin a été créé sur son domaine, à ses frais et *qu'il en a conservé la propriété*.

(*Ces derniers mots signifient clairement qu'alors même que le demandeur aurait été originairement propriétaire du chemin, la commune en aurait prescrit la propriété*).

26. Pour le développement, voyez ci-dessus n° 381.

tuer malgré ce silence (art. 4), peut et doit, ainsi que cela a été reconnu par les rédacteurs de nos lois, s'inspirer des considérations d'équité, et par conséquent aussi des nécessités pratiques;

» Attendu que ces deux éléments de décision concordent pour faire admettre, en l'état de la propriété immobilière en France, qu'on ne saurait dans tous les cas exiger du demandeur la preuve rigoureuse et pour ainsi dire mathématique de son droit [27];

« Attendu d'ailleurs que le silence du Code sur un point aussi important et d'une application aussi fréquente, ne peut s'expliquer que par la volonté tacite de maintenir les anciens principes résumés par Pothier, guide habituel des rédacteurs de nos lois. »

« En fait :

» Attendu que des faits de la cause et notamment.... etc., il résulte des présomptions suffisantes que le demandeur a eu sur l'immeuble litigieux une possession présentant les caractères requis par l'article 2229 du Code civil.., etc.,

« Attendu que le défendeur ne justifie point d'une possession présentant les mêmes caractères... etc. ;

» Que par conséquent le demandeur a suffisamment prouvé qu'il est propriétaire de l'immeuble litigieux... etc. »

383. — Ainsi, il nous semble que la jurisprudence se serait tenue sur un terrain plus sûr en s'appuyant, dans le silence des textes, sur l'usage constant, la tradition historique et l'autorité de Pothier, inspirateur habituel du Code civil, pour décider que le législateur n'avait entendu rien innover aux règles reçues avant lui dans l'action en revendication.

Est-ce à dire pourtant que, même en faisant complètement abstraction de la tradition historique, la plu-

27. Pour le développement, voyez ci-dessus n° 376.

part des solutions jurisprudentielles ne puissent pas se justifier en se plaçant exclusivement au point de vue des textes contenus dans nos Codes ?

Nous croyons qu'il est possible de faire cette justification : de dégager des motifs, quelquefois insuffisants ou vagues, que l'on trouve dans les arrêts, la raison juridique qui a au fond dicté leurs solutions, quoique cette raison n'ait pas trouvé dans ces arrêts son expression claire, sa formule précise.

Rappelons-nous tout d'abord qu'en règle générale, dans la presque totalité des cas, la preuve de la propriété, c'est nécessairement la preuve de la prescription. Il faut toujours en venir là ; jamais ou presque jamais on ne démontrera catégoriquement qu'on est propriétaire, si l'on ne montre pas qu'on a, par soi ou par ses auteurs, accompli la prescription.

Par conséquent, la preuve de la propriété et celle de la prescription se confondent en pratique.

Or, comment prouve-t-on la prescription ?

Si l'on a un juste titre, il reste à établir des faits de possession paisible, publique, non précaire ou équivoque, continue et non interrompue [28], pendant le délai de dix à vingt ans, fixé par l'art. 2265.

Comprenant combien cette preuve est difficile à faire pour le long espace de temps requis, le Code la facilite par une présomption légale : la possession prouvée à deux moments de la durée fait présumer qu'elle s'est continuée pendant l'intervalle : *probatis extremis, præsumitur medium* [29].

Si l'on n'a point, ou qu'on ne puisse produire de juste titre, il suffit de prouver ces faits de possession, mais alors il faudra trente ans, art. 2262.

28. — Art. 2229. — Nous ne parlons pas de la bonne foi qui se suppose toujours quand on a un juste titre.

29. Art. 2234. Voy. Aubry et Rau, § 217.

Les faits de possession allégués se prouveront naturellement par témoins : l'art. 24 du Code de procédure civile dispose, en matière d'actions possessoires, que l'enquête sera ordonnée ; ici nous pouvons raisonner par analogie ; il ne s'agit pas d'actes juridiques, mais de purs faits : on n'a pu d'ailleurs se procurer une preuve écrite de leur existence, art. 1348 [30].

Enfin il n'est point nécessaire d'insister, puisque personne n'a jamais contesté l'admissibilité de la preuve testimoniale pour les faits de possession dont on prétend faire résulter la prescription.

Mais, si la preuve par témoins est recevable ici, il en résulte forcément l'admissibilité de la preuve indirecte par simples présomptions de l'homme [31] !

Par conséquent un jugement peut, en se basant sur de simples présomptions, décider que le demandeur a prescrit par lui ou par ses auteurs, et lui adjuger en conséquence la propriété. Cette décision ne pourrait d'ailleurs être censurée par la Cour suprême, puisque l'appréciation des présomptions étant entièrement abandonnée à la prudence du juge, son erreur sur ce

30. Art. 1348 : Elles (les règles sur la preuve) reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui.

Cette seconde exception s'applique :

1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits ;

2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait ;

3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit ;

4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. »

On convient d'ailleurs que l'énumération de cet article n'est pas limitative et qu'il suffit qu'il y ait eu impossibilité de se procurer une preuve écrite. Aubry et Rau § 765 ; Laurent, t. XIX, nos 545, 577.

31. Art. 1353 : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, *et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales* » etc.

point ne constitue qu'un mal jugé, et ne saurait ainsi donner ouverture à cassation [32].

Enfin, l'on nous concédera sans doute aisément que les présomptions tendant à prouver la prescription devront être d'autant plus facilement admises au lieu et place de la preuve testimoniale, que cette preuve testimoniale sera en pratique plus difficile à fournir.

Or, s'il est relativement aisé de prouver les faits de possession que l'on a accomplis soi-même, il est bien plus difficile de démontrer ceux de son auteur.

On sait quels travaux on a fait opérer sur l'immeuble, et par quels ouvriers ; à quelle date et par qui telle lande a été défrichée, telle haie plantée, tel mur construit ; on peut retrouver les quittances des impôts payés, etc. ; on arrive enfin, non sans peine parfois, à établir une enquête concluante, malgré les obscurités, les erreurs, les contradictions, l'incertitude inhérentes au témoignage humain.

Mais, le plus souvent, on se trouvera fort embarrassé lorsqu'il s'agira de prouver les faits de possession de son auteur, non seulement parce qu'ils sont plus anciens, et qu'ainsi le vague des témoignages s'augmente en même temps que leur nombre décroît, mais surtout parce qu'on n'a pas eu personnellement connaissance de ces faits de possession ; il devient très difficile d'en préciser la date et d'en retrouver les témoins.

Dès lors les présomptions devront être bien plus facilement admises pour remplacer la preuve testimoniale, lorsqu'il s'agira de prouver la prescription accomplie ou commencée par mon auteur, que pour le temps pendant lequel j'ai personnellement possédé.

D'autre part on devra aussi se montrer bien moins exigeant sur la gravité ou la précision de ces présomp-

32. Aubry et Rau, § 472, note 5 et les arrêts cités.

tions pour le temps de possession de mon auteur, que pour le mien. Plus la preuve directe devient difficile, moins on doit être rigoureux en ce qui touche la preuve indirecte par laquelle la loi, ne l'oublions pas, permet d'y suppléer !

Nous sommes en matière de présomptions de l'homme : ici donc le bon sens et l'équité doivent régner en maîtres souverains.

De tel fait connu doit-on conclure à une possession suffisante pour la prescription ? Oui, si la conséquence est probable ; il n'est pas nécessaire qu'elle se présente avec la rigueur et la certitude d'une déduction mathématique. Si l'on constate qu'habituellement, normalement, tel fait se trouve en corrélation avec telle situation juridique , et si l'on reconnaît l'existence de ce fait, on y verra un indice très probant de la situation juridique en question.

Pour préciser les idées, lorsque je tiens mon droit d'un vendeur qui se trouvait en possession lors de l'aliénation, et qui m'a transmis cette possession, il devient extrêmement vraisemblable que cet aliénateur, qui pouvait ainsi disposer de la chose au vu et au su du public sans soulever de contestation, avait, par lui ou ses auteurs, *prescrit la propriété de ce bien*, à supposer même qu'ils n'en eussent pas été de tout temps légitimes propriétaires.

M'obligerez-vous de prouver par témoins que ce vendeur et ses auteurs ont réellement possédé pendant trente ans, alors que je ne pourrai le plus souvent retrouver les traces de cette possession qui n'a pas été mon fait personnel ?

Bien souvent, grâce aux nombreuses causes de suspension de la prescription, il me faudrait remonter beaucoup plus haut, invoquer le témoignage d'une génération disparue !

N'y a-t-il pas dans ces deux faits de possession et d'aliénation, alors surtout qu'ils ne sont pas contredits par d'autres indices, une présomption suffisante de prescription accomplie par mon auteur ou ceux à qui il a succédé ?

Laurent critique la jurisprudence en ce qu'elle admet des présomptions de propriété ; il ne peut s'agir, dit-il, que de présomptions de l'homme, car les présomptions légales exigent un texte. Or, ajoute-t-il, les présomptions de l'homme ne sont pas recevables au-dessus d'une valeur de 150 fr. — Voilà, à nos yeux, l'erreur : du moment qu'il s'agit de prescription, les présomptions humaines deviennent admissibles, quelle que soit la valeur, puisque la preuve testimoniale est recevable !

Donc, si les arrêts nous parlent de *présomptions de propriété*, il y a là tout simplement une ellipse de langage : on veut dire : *présomptions de prescription*, ce qui, pratiquement, revient en effet à la même chose que : présomptions de propriété.

Il ne s'agit en définitive que d'une querelle de mots : les arrêts, encore une fois, ne sont pas faits principalement pour l'enseignement du droit ; peu importe l'expression que l'on pourrait souhaiter plus correcte, c'est le fond de la pensée qu'il faut voir ; mettez : *présomptions de prescription* à la place de *présomptions de propriété*, et les principales critiques de Laurent s'évanouissent aussitôt.

384. — Reprenons maintenant les trois hypothèses que nous avons distinguées ci-dessus.

Première hypothèse. Le demandeur a un titre antérieur à la possession du défendeur, qui, de son côté, n'en produit aucun. Bien entendu la possession du défendeur n'a pas duré trente ans, et le titre du de-

mandeur est antérieur au début de la possession du défendeur.

Il y a dès lors quelque chose de certain, c'est que le défendeur n'est point propriétaire. Il n'a pas acquis les droits du propriétaire, puisqu'il n'a pas de titre; il ne peut compter que sa propre possession, puisqu'il n'a point d'auteur; et cette possession n'a pu le rendre propriétaire, puisqu'elle n'a pas duré le temps voulu !

En face de ce défendeur, dont le défaut de droit est certain, nous trouvons un demandeur dont la propriété n'est pas, il est vrai, absolument démontrée.

Personnellement, il n'a pas possédé assez longtemps pour prescrire; cependant il a eu une possession d'une certaine durée, appuyée sur un juste titre. Si son auteur avait déjà accompli une partie du délai requis pour la prescription, notre demandeur, en joignant cette possession à la sienne, arriverait assez vite à parfaire le temps exigé. Cela posé, voyons ce que nous révèlent les éléments de l'affaire, en ce qui touche la possession de l'auteur du demandeur.

Le fait de m'avoir vendu est un indice à peu près certain de possession; dans l'immense majorité des cas, on ne vend que ce que l'on possède. D'ailleurs le fait que la possession du défendeur ne remonte qu'à une époque plus récente, vient confirmer l'idée que l'auteur du demandeur possédait au jour où il a vendu. Il y a donc ici des présomptions concordantes qui établissent suffisamment que l'auteur du demandeur était en possession au moment où il a aliéné.

Maintenant combien de temps cette possession avait-elle duré ?

L'auteur du demandeur la tient-il lui-même d'un vendeur qui avait possédé un certain temps ? Les enquêtes ou les documents du procès n'ont pas fait la lumière à cet égard. Comme il ne s'agit plus de faits

personnels au demandeur actuel, il lui est très malaisé, souvent impossible, de fournir à cet égard des preuves catégoriques.

Dans ces conditions, la jurisprudence a-t-elle tort de présumer qu'en joignant à la possession utile du demandeur celle que son auteur a eue, et dont on ne peut préciser la durée, on arrive à trouver le délai de la prescription ? Cela n'est-il pas fort probable ?

Qu'est-ce qu'une présomption, si ce n'est une conséquence, non pas forcée à coup sûr, mais seulement vraisemblable et probable, que l'on tire d'un fait connu à un fait inconnu, art. 1349 ?

Eh bien, n'y a-t-il pas là des circonstances rendant très probable la prescription, c'est-à-dire en définitive, la propriété ?

Il nous semble qu'on doit l'admettre aisément, surtout si l'on considère d'une part que l'un des plaideurs est très vraisemblablement propriétaire, et d'autre part que le défendeur ne l'est certainement pas, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus.

Deuxième hypothèse. Ce raisonnement justifie aussi la solution que donnent la plupart des auteurs dans le cas où les deux parties tiennent l'immeuble d'un même aliénateur. Cet aliénateur doit être présumé avoir prescrit par lui ou par ses auteurs.

Je ne crois pas que l'on puisse sérieusement imaginer un défendeur prouvant que l'auteur du demandeur c'est-à-dire l'auteur commun n'était point propriétaire ! On ne saurait démontrer cela catégoriquement qu'en établissant le droit de propriété d'un tiers ; le défendeur tomberait alors de Charybde en Sylla, puisqu'il se serait ainsi bénévolement chargé d'assurer le succès de la revendication que ce tiers ne manquerait pas de diriger immédiatement contre lui en s'appuyant sur ses propres déclarations.

On pourrait imaginer plus sérieusement un défendeur alléguant qu'un tiers a possédé à une époque trop récente pour que, depuis lors, le demandeur ou ses auteurs aient pu prescrire. Dans ce cas, selon que l'on suivra la tradition historique, ou qu'on se bornera à invoquer les présomptions de prescription, on donnera la victoire au demandeur ou au défendeur. Nous suivrions plutôt la tradition, et nous donnerions la préférence à l'acquéreur à qui le vendeur commun a fait tout d'abord tradition.

Lorsque les deux parties tiennent l'immeuble d'auteurs différents, et qu'on ne justifie point par des preuves directes qu'un de ces auteurs ait réellement prescrit, comme alors les présomptions de prescription militent également en faveur de ces deux auteurs, le possesseur actuel doit l'emporter.

Troisième hypothèse. Enfin, la solution jurisprudentielle peut encore se justifier dans le cas où personne ne produisant de titres, le défendeur n'a point une possession utile pour prescrire, tandis que le demandeur prouve qu'il a eu cette possession, sans pouvoir démontrer pourtant qu'elle a duré trente ans.

Les difficultés de la preuve pour les faits anciens peuvent autoriser le juge, suivant les circonstances, à présumer que cette possession remonte assez haut pour assurer au demandeur le bénéfice de la prescription, puisqu'encore une fois la prescription peut se prouver par de simples présomptions abandonnées à la prudence des magistrats ; elles doivent être d'autant plus facilement admises dans cette hypothèse, que l'on est certain ici de ne pas enlever la chose au propriétaire; un individu qui n'a ni titre ni possession *ad usucapionem* ne saurait être propriétaire.

Mais il nous semble que si le défendeur arrivait à montrer positivement que la possession continue du

demandeur *n'a pas duré trente ans*, comme alors il ne serait plus possible de croire que le demandeur a prescrit, il faudrait le débouter de sa revendication.

Le système des arrêts, n'est pas, on le voit, aussi dénué de base juridique que Laurent et ses adhérents l'ont prétendu. Dans une assez large mesure on peut justifier ses solutions : sans doute toute présomption légale de propriété doit s'appuyer sur un texte, sans doute les présomptions de l'homme ne sont recevables que là où la preuve peut être faite par témoins, mais tel est précisément le cas pour la possession qui engendre la prescription, et, à notre avis, un arrêt échapperait à toute censure si, après avoir constaté les faits, il ajoutait :

« Attendu que de ces documents de la cause il résulte des présomptions suffisantes pour convaincre la Cour, qu'en supposant même que le demandeur et ses auteurs n'aient pas été propriétaires depuis l'origine, ils ont possédé utilement pendant le temps requis pour la prescription. »

385. — C'est ainsi que l'on pourra donner satisfaction à cette tendance, manifestée par quelques auteurs modernes, de faire table rase de tout ce qui existait avant le Code, comme si la France juridique datait de 1804 !

Rien qu'avec le Code on peut, en les motivant un peu différemment, justifier la plupart des décisions de la jurisprudence, et cela, ce nous semble, sans compliquer les choses ni forcer leur nature.

Ceux qui, déniant à la tradition historique toute autorité, ne veulent voir que les articles du Code, ne laissent pas de conserver pourtant (il le faut bien) une immense quantité d'anciens principes : il faut voir alors quels prodiges d'adresse ils déploient pour rattacher ces principes à des articles qui n'ont avec eux aucun lien perceptible.

Combien de fois ne sont-ils pas même obligés d'y renoncer, et d'alléguer tout simplement le vieil adage non reproduit par nos lois actuelles !

Que de fois même on les voit forcés de *corriger le Code*, d'invoquer un *vice de rédaction*, et de faire prévaloir le vieux principe à l'encontre du texte précis d'un article !

Quand une solution leur plaît, le silence du Code ne les gêne guère; si elle n'a pas leurs préférences, ils se montrent inflexibles, ils exigent des textes !

On tombe ainsi dans un arbitraire complet, et les discussions s'éternisent, non seulement parce que les méthodes d'interprétation varient avec chaque écrivain, mais encore parce qu'un même écrivain n'est pas toujours fidèle à sa méthode.

Faut-il faire aussi bon marché de la tradition historique, fruit d'une longue accumulation d'expériences, de tâtonnements innombrables, trésor inestimable que nous trouvons dans l'héritage de nos prédécesseurs ; le mépriserons-nous parce qu'il ne nous a rien coûté, et que, pour y avoir droit, nous ne nous sommes donné que la peine de naître ?

Telles n'ont pas été les idées des rédacteurs de nos Codes ; ils n'ont pas eu la prétention d'y faire entrer tout le droit, ils ont entendu conserver, sans avoir besoin de les formuler expressément, cette énorme quantité de principes applicables à toute époque, au milieu desquels ils avaient vécu, et qui étaient devenus partie intégrante de leur intelligence juridique.

Le principe de la Publicienne est de ce nombre ; la jurisprudence romaine en avait trouvé la formule précise, elle avait réussi à déterminer dans quelle mesure exacte l'équité et les nécessités pratiques exigeaient qu'un demandeur fût dispensé de prouver catégoriquement son droit de propriété. Il n'y avait qu'à respecter

et à suivre cette tradition à laquelle les auteurs du Code n'ont certainement pas entendu déroger [33].

Alors que d'incertitudes évitées!

Ces incohérences, d'ailleurs plus apparentes que réelles, ces hésitations que l'on reproche à la jurisprudence en cette matière [34], cette insuffisance des motifs donnés par les arrêts, tout cela tient précisément à ce qu'au lieu de suivre la large voie, la voie bien tracée et si sûre de la tradition historique, on s'est efforcé d'arriver au but par des sentiers de traverse; il eût été plus simple de rester sur la grande route !

Au fond c'est toujours au même but que l'on tend , c'est toujours le même résultat dont la poursuite s'impose à la jurisprudence.

Il ne suffit pas en effet de vouloir ignorer la tradition pour s'en affranchir! Elle dicte leurs décisions même à ceux qui n'en ont point approfondi les origines , ils en subissent l'influence à leur insu [35]; œuvre de raison et d'expérience, elle devient un instinct, une « *raison qui s'ignore* » [36]; elle a des titres; ceux qui n'auront pas cherché à discerner les véritables en allègueront d'apocryphes, mais la solution ne variera pas :

Tant que dureront les nécessités pratiques auxquelles elle doit sa naissance, tant que vivra le droit de propriété qu'elle sanctionne si énergiquement en protégeant même son apparence, malgré le silence des Codes, malgré les objections des contempteurs de la tradition et de la pratique, la Publicienne subsistera !

33. Portalis, *Discours préliminaire sur le Code Civil*, admet l'autorité de l'usage pour régler les détails dans lesquels le législateur n'a pu entrer : « à défaut de texte précis... un usage ancien... tiennent lieu de loi. » Locré, t. I, p. 257, n° 9).

34. Montagne, *op. cit.*, p. 211 *in fine*. — Laurent, t. VI, n° 156.

35. Voyez plus haut n° 382 *bis*, page 365.

36. Voyez Taine, *Ancien régime*, p. 270-279.

APPENDICE

(*Addenda* aux nos 304 à 308)

Nous joignons à ce travail une reproduction par la photogravure du § 283 des Fragments du Vatican, tel qu'il se trouve dans l'admirable *apographum* dessiné par Detlefsen et publié par Mommsen dans les *Abhandlungen der Kœnigl. Akademie zu Berlin*, année 1859, *Phil. und hist. Abhandl.* p. 265 *à* 409[1].

Nous donnons sur la même planche l'autographie d'un autre fac-simile, un peu plus gros que l'original, reproduisant les mots : *post mortem ejus qui accepit....* et le commencement de la troisième ligne :... *inri | ta est cum ad te proprietas...*

Ce fac-simile est dû à l'extrême obligeance de notre éminent collègue de Rome, M. le professeur Scialoja, secrétaire perpétuel de l'*Institut de droit romain*, qui a bien voulu le faire lui-même pour nous, et que nous tenons à remercier publiquement de ses bons offices. Le savant professeur nous affirme en outre que les deux premiers tiers des lignes, où se trouvent les mots qui nous intéressent le plus est très lisible, *et qu'il n'y a pas de doute possible* ; il estime qn'une photographie serait à la rigueur faisable mais inutile ; « peut-être même que sur une photographie il serait plus difficile de distinguer l'ancienne écriture du palimpseste de la nouvelle, aussi bien que cela peut se faire sur le parchemin, à cause de la différente qualité de l'encre.... Je vous répète que l'original est si clair qu'il n'y a pas de doute possible. »

1. *Codicis Vaticani N. 5766 | in quo insunt | iuris anteiustinianei | fragmenta quae dicuntur Vaticana | exemplum addita transcriptione notisque criticis | edidit | Th. Mommsen.*

« J'ai marqué dans le fac-simile deux petits signes qu'on peut voir au dessus du q̍ (*qui*) aux deux côtés du q, ces signes, presque entièrement effacés, sont peut-être les restes d'une double écriture du q (en d'autres termes : les restes d'un premier trait mal venu, dont l'écrivain n'a pas été satisfait, en sorte qu'il l'a rectifié par un second trait de plume) « je ne crois pas qu'il soit possible d'y voir un ancien q̄ (*quæ*) ».

En résumé il résulte des constatations que notre éminent collègue a bien voulu faire sur le palimpseste :

1° Que le copiste a écrit : « *ad te proprietas* », sans la moindre hésitation ; qu'il n'y a pas moyen de voir dans *te* la trace d'une abréviation ;

2° Que, dans le passage : « *ejus qui accepit* », l'écrivain a refait la partie supérieure de la lettre q. Cela contribuerait à rendre vraisemblable la correction légère que nous avons suivie et qui consiste à lire q̄ (*quæ*) au lieu de q̍ (*qui*), ainsi que semble l'exiger d'ailleurs la construction grammaticale, voyez *supra*, p. 178, note 29. Si le copiste a été distrait par la rectification à faire à la lettre mal venue, on conçoit qu'il se soit plus facilement trompé et qu'il ait mis au-dessus un trait vertical au lieu d'un horizontal. Nous ne nous exagérons pas d'ailleurs la valeur de cet indice ; en tous cas on voit que l'erreur est bien facile à faire, et que par suite la transformation de *qui* en *quæ* peut à peine s'appeler une correction.

Quant au passage « *cum ad te proprietas* » où l'on veut lire « *ad tempus* », nous ferons remarquer que le mot *tempus* se trouve au moins sept fois dans les Fragments du Vatican : §§ 48, 50, 122, 199. Sur ces sept fois, le mot TEMPUS est écrit en entier deux fois, les cinq autres fois, il est écrit TEMP̄ ou TEMP', jamais il n'y a d'abréviation plus forte. Il en est de même dans tous les manuscrits des époques voisines : celui de Gaius, le *Fragmentum de jure fisci*, etc., en un mot tous ceux que Studemund a utilisés pour faire la table des *sigles* de son *apographum* des commentaires de Gaius (Leipsig, 1874, page 307) ; une abréviation plus forte (T P̄') ne se trouve que dans une seule des listes d'abréviations que l'antiquité nous a laissées, les *Notae Vaticanae*, voyez *Grammatici latini ex recensione Henrici Keilii*, vol. IV, Lipsiae, 1884, p. 313, 2ᵉ colonne, n° 5.

Il n'y a donc aucune raison de supposer que le manuscrit sur lequel ont été copiés les Fragments du Vatican portait une abréviation signifiant *tempus*, et que le copiste aurait à tort interprétée

par *te*. — La correction est donc arbitraire à tous les points de vue.

D'ailleurs, si beaucoup d'auteurs ont admis la correction de Rudorff [2] consistant à lire *tempus* au lieu de *te*, il en est, et non des moins illustres, qui l'ont repoussée, ou qui, tout au moins, ont compris que la solution donnée par le rescrit dans le cas qu'il prévoit, ne pouvait être qu'une solution d'*espèce*, et non l'application d'un principe général; comme nous, ils ont pensé que cette décision devait avoir pour base quelque particularité du cas soumis à l'empereur, particularité que le laconisme du rescrit ne nous permet pas de préciser sûrement, mais qu'indiquait évidemment la requête au bas de laquelle la réponse de l'empereur a été écrite [3].

Dans ce sens on peut citer les auteurs suivants dont nous reproduisons la doctrine à titre de document :

Buchholtz, *Juris civilis antejustinianei* (*Vaticana fragmenta*)... Regimonti Borussorum 1828, p. 242, a compris fort bien que la nullité de la donation ne pouvait s'expliquer que par quelque circonstance de fait non mentionnée dans le rescrit; il propose de lire : « *cum proprietas* A TE *transferri nequiverit* » et ajoute :

« *Casus in Just. C. descriptus*, (il s'agit de la L. 2 C. *De don. quæ sub modo*, 8, 55,) *cum communibus juris principiis consentit, cf. fr.* 42 *pr. D. De mort. causa don.*, 39, 6. — *In nostra igitur specie* (c'est-à-dire dans le cas prévu par le § 283) *singularis inesse debet causa, cur donatio irrita sit, quam eruamus necesse est. Ponamus igitur hanc speciem : Mævius usumfructum stipendiariorum prædiorum habet. Hic Titiæ proprietatem fundorum eorum donationis causa promittit hac lege, ut post mortem Titiæ ad se proprietas redeat. Donatio hæc irrita est, quia Mævius proprietatem a se transferre nequit et donari non potest, nisi quod ejus fit cui donatur, fr.* 9 § 33, *D. De donat.*, 39, 5. — *Usumfructum quidem in alienum conferre potuit Mævius, fr.* 12, § 2, *D. De usuf.*, 7, 1, (*cf. Vat. fr.* § 41), *attamen si*

2. Schulin, *Resolutiv.*, p. 195 et s. et Czyhlarz, *Resolutiv.*, p. 16 et s. voient dans le transfert de propriété *ad tempus*, une *contradictio in adjecto* qui annulerait la tradition. Mais cette idée n'est pas admissible, comme l'ont fort bien compris Buchholtz, Ihering et Bechmann, que nous allons citer plus bas, et comme nous avons essayé de le montrer au nº 306.

3. *Subscriptio*. C'est en cette forme qu'étaient généralement rendus les rescrits adressés aux particuliers. Voyez Rivier, *Introduction*, § 128, 6º ; Maynz t. I, § 64, note 10.

prius, quam Titia decesserit, morte sua totum Titiæ jus sublatum est, nec amplius donataria adversus proprietarium, Aurelium Carrenonem, usumfructum retinere potest, fr. 8 § 2, *De peric. et commodo,* 18, 6. *Simile quid legimus in Vat. fr.* § 43, *cf. L.* 20, *C. De legatis,* 6, 37. — *Aliud juris esset si debitorem ususfructus Titiæ delegasset, fr.* 4, *D. De Novationibus,* 46, 2. »

Il faut remarquer que Buchholtz a été victime d'une distraction : c'est à Aurelius Carreno que l'empereur parle en disant : « *proprietatem dono dedisti* » et « *usumfructum... contulisti* », par conséquent Aurelius Carreno est toujours le donateur, et non pas *un tiers*, nu-propriétaire d'un bien dont le donateur avait l'usufruit. Cette observation enlève toute valeur à l'explication conjecturale de Buchholtz.

Bechmann, *Der Kauf*, t. II (1884), p. 500, note 1 :

« Le seul texte qui semble interdire d'une manière générale le transfert de la propriété *ad tempus*, c'est, à ma connaissance, le § 283 des Fragments du Vatican. Le rescrit prévoit le cas où une personne a fait une donation avec la clause que la chose donnée lui reviendrait à la mort du donataire. Le rescrit décide que la donation est nulle par suite de cette clause, alors qu'il eût plutôt fallu déclarer que la propriété ne pouvait revenir de plein droit. En réalité, ce que les empereurs décident, c'est qu'une donation faite pour un temps est nulle. Il s'agit si peu ici d'un principe général, qu'Ulpien admet le retour de plein droit pour la donation *m. c.* réalisée immédiatement (donation sous condition résolutoire) L. 29, *D. De m. c. d.*, 39, 6. En supposant même que la donation dont il est question au § 283 ne soit pas une véritable donation à cause de mort (parce que la faculté de révoquer pendant la vie du donateur y fait défaut), elle en est en tous cas bien proche parente; or, il est difficile de discerner pourquoi ce qui est possible dans un cas ne l'est plus dans l'autre. »

Ihering, *Passive Wirkungen der Rechte*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik,* tome X, 1871, page 577, note 231 :

« Ce texte a une portée tout autre que celle qu'on admet généralement. Les nouveaux éditeurs, dans la phrase « *cum ad te proprietas transferri nequiverit*, ont changé les mots « *ad te* » du manuscrit, en *ad tempus*. Mais alors est-ce que, par hasard, l'impossibilité d'un transfert de propriété *ad tempus* doit avoir pour conséquence d'annuler l'obligation de retransfert consentie par l'acquéreur, et de faire considérer l'opération tout entière comme nulle et non avenue ? La L. 3. C. *De don. quæ sub modo*, 8, 55,

émanée des mêmes empereurs, reconnaît « *ex veteris juris auctoritate* » la force obligatoire d'une convention de restitution du même genre. L'explication du texte ne serait-elle pas cachée dans le mot : « *stipendiariorum* »? S'il faut suppléer « *prædiorum* » le motif invoqué par les empereurs tiendrait peut-être à ce que les fonds provinciaux ne peuvent être l'objet d'un droit de propriété quiritaire ? »

On le voit, en écartant le § 203 du débat sur la condition résolutoire, nous n'avons fait que suivre la voie qui nous était déjà indiquée par de très hautes autorités.

S'il était permis de donner carrière à son imagination et de se lancer dans le domaine des conjectures, nous pourrions aussi proposer notre hypothèse ...; mais, à défaut de base sérieuse, il vaut mieux se résigner à ignorer le motif qui a empêché le donateur de devenir propriétaire des immeubles en question, ce qui a rendu nulle la donation qu'il a voulu faire ; en un mot, il est plus sage d'exercer ici l'*ars nesciendi*.

idemaureliocarrenonisistipendiarior'pprietatemdono
dedistiitautp'tmorteme'qaccepitadteredíretdonatioinri
taẽc'adteppríetastransferrinequeritsiůũftumineam7qsup
plicas)tulistiũftumappríetatealienareñpotuisti·p̄p·u·id·mart·
maximo· et· aqlino)s̄s·

FAC-SIMILE DE M. LE PROFESSEUR SCIALOJA

.......................p'tmorteme'qac (*post mortem ejus qui [quæ ?] ac...*)

taẽc'adteppríetas (*[inri]ta est cum ad te proprietas...*)

(*Histoire de la propriété prétorienne*, par C. APPLETON, 2 vol. in-8°; E. THORIN, édit.)

Appendice au T. II

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

Les chiffres arabes renvoient aux numéros de cet ouvrage. — Les numéros 211 et suiv. appartiennent au T. II.

A

B

C

D

E

F

G

H

I

J

L

M

N

O

P

Q

R

S

T

U

V

TABLE DES TEXTES

On renvoie aux numéros de l'ouvrage. Les numéros 211 et suivants appartiennent au tome II. On a marqué en caractères gras les numéros dans lesquels les textes cités sont reproduits, ou commentés avec le plus de développement.

SOURCES LITTÉRAIRES

COMMENTAIRES DE GAIUS

RÈGLES D'ULPIEN

Fragment de Vienne.

SENTENCES DE PAUL

FRAGMENTS DU VATICAN

INSTITUTES DE JUSTINIEN

PARAPHRASE ATTRIBUÉE A THÉOPHILE

DIGESTE

CODE DE JUSTINIEN

NOVELLES DE JUSTINIEN

BASILIQUES

CORPUS JURIS CANONICI

CODE CIVIL

CODE DE PROCÉDURE

ERRATUM ET ADDENDA DU T. II

FAUTES POUVANT ALTÉRER LE SENS

P. 49, ligne 11 : au lieu de : Just.. lisez : Inst.
P. 67, ligne 14 : au lieu de : intenter, lisez : inventer.
P. 104. ligne 1 : au lieu de : intentée, lisez : inventée.
P. 152, ligne 42 : au lieu de : *conditionem*, lisez : *condictionem*.
P. 159, ligne 31 : au lieu de : aussi, lisez : ainsi.
P. 160, ligne 34 : au lieu de : tempus, lisez : te*(mpus)*.
P. 175, ligne 5 : au lieu de : il, lisez : ils.
P. 334, ligne 17 : au lieu de : acquisition successive, lisez : acquisitions successives.
P. 335, ligne 36 : au lieu de : D. 73, I, lizez : D. 73, II.

ADDENDA

Page 37, ligne 7, après : celui qui, *mettez* : vous.

Page 57, ligne 22, après : lui jette la première pierre, *ajoutez* : Par une coïncidence singulière, cette même faute (écrire *possessor* pour *petitor*) s'est glissée dans notre premier volume, p. 346, ligne 6. Voyez l'*Erratum*, t. I, p. XXXVIII.

Page 101, ligne 14. *ajoutez* : — Avantages de la Publicienne sur l'action *quod metus causa*.

Page 115, ligne 26, après : d'autres encore, *ajoutez* : dans d'autres cas de donation.

Page 146, ligne 30. après : *mortis causa, ajoutez* : on sait que l'écrit destiné à constater une mancipation faite *donationis causa* énonce ce motif. Voyez les inscriptions citées par Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, 4e éd. 1881, p. 201 à 205.

Page 287, ligne 6, après : prétorien, *ajoutez* : c'est-à-dire bonitaires.

Page 288, ligne 6, après : prétoriens, *ajoutez* : c'est-à-dire bonitaires.

Page 336, ligne 25, avant : Les uns, *ajoutez* : A).

FIN DU TOME DEUXIÈME

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE. — M. PEPIN.